

# InDret

REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

## ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación

Alberto Alonso Rimo

Universidad de Valencia

BARCELONA, OCTUBRE DE 2017

### Abstract\*

*El estudio de la preparación delictiva se ha abordado tradicionalmente en nuestro país desde una perspectiva centrada de manera muy prioritaria en los actos preparatorios “de la Parte General”. En el presente trabajo se realiza una aproximación al concepto y a la naturaleza de los delitos de preparación para a continuación, sobre esa base, comprobar el verdadero alcance que estas figuras están cobrando en el ordenamiento penal español y denunciar su imparable avance. El análisis efectuado muestra, en efecto, que existe un llamativo número de tipos preparatorios definidos en la Parte Especial del Código penal, que abarca ámbitos delictivos muy variados – no siempre de gravedad significativa –, y que a través de tales ilícitos se produce un adelantamiento de la línea de defensa penal cada vez más extremo; lo que no impide que a menudo se les asignen penas altas y, por lo tanto, manifiestamente desproporcionadas con la gravedad del hecho. Todo ello invita a reflexionar sobre cuál es el fundamento del castigo de esta clase de infracciones y revela en general – sobre todo si se contrasta su regulación con la de los actos preparatorios descritos en el Libro I del Código penal – una ausencia de criterios sistemáticos que doten de coherencia al tratamiento legal de una materia tan sensible desde el punto de vista de las libertades.*

*In Spanien ist die Untersuchung der kriminellen Vorbereitung herkömmlich aus einer sehr auf den Vorbereitungshandlungen „des Allgemeinen Teils“ fokussierten Perspektive thematisiert worden. In dem vorliegenden Beitrag wird das Konzept sowie das Wesen der Vorbereitungsstraftaten angegangen, um dann von dieser Grundlage aus das wahre Ausmaß dieser Tatbestände in der spanischen Gesetzgebung zu überprüfen sowie ihre unaufhaltbare Vermehrung zu denunzieren. Die Analyse wird zeigen, dass es in der Tat eine auffällige Anzahl von Vorbereitungstatbeständen in sehr verschiedenen Gebieten (und nicht nur bzgl. schwerer Straftaten) des Besonderen Teils des StGB gibt, sowie dass dadurch eine stets zunehmende Vorverlagerung der Strafbarkeit stattfindet; darüber hinaus sind solche Vorbereitungsstraftaten oft oft mit hohen Strafen geahndet, die offensichtlich in keinem Verhältnis zur Schwere der Tat stehen. Diese Situation zwingt zum Nachdenken über die Grundlagen der Strafbarkeit dieser Straftaten und zeigt – vor allem wenn man diese besondere Vorbereitungsstraftaten mit den Vorbereitungshandlungen des Allgemeinen Teils vergleicht – ein Defizit an systematischen Kriterien für den Aufbau einer konsistenten strafrechtlichen Behandlung dieses Gebiets, das so sensibel hinsichtlich der Grundfreiheiten ist.*

*The study of the acts preparatory to the commission of a crime has traditionally been approached in Spain regarding, primarily, the preparatory conducts described in the General Part of the Spanish Criminal Code. This paper focuses on the definition of both the concept and nature of preparatory offences – regulated in the Special Part of the Criminal Code –. On that basis, it is analysed the true extent of these offences and it is denounced a steady progress in its use and application. The study shows that there is a striking number of preparatory offences in the Special Part of the Spanish Criminal Code that cover a wide range of crime areas – not always of significant scale and severity – and that lead to earlier enforcement of criminal law. This, though, does not prevent penalties from being remarkably severe and therefore disproportionate to the facts in question. The foregoing leads to a reflection on the very rationale of this kind of offences while evidencing – especially if one compares them to the regulation on preparatory acts included in the First Book of the*

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de I + D DER2012-38983 y DER2016-77947-R (AEI/FEDER, UE), ambos financiados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, y se ha visto asimismo beneficiado por una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford. I am very grateful to Lucia Zedner and to Andrew Ashworth for their hospitality and for their helpful comments on the subject of this research. Agradezco a Enrique Orts, a Lucía Martínez y a Marisa Cuerda su amistad, y también su apoyo a lo largo del proceso de elaboración de este artículo.

*Spanish Criminal Code – a lack of systematic criteria regarding the legal regulation of a matter so directly affecting individual liberties.*

*Titel: Grundsätzliche Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen? Die Expansion der Vorbereitungsdelikte.*

*Title: General Impunity of Preparatory Acts? The Expansion of Preparatory Offences.*

*Palabras clave:* actos preparatorios, delitos de preparación, anticipación de la tutela penal, delitos autónomos, principios limitadores del Derecho penal.

*Stichworte:* Vorbereitungshandlungen, Vorbereitungsdelikte, Vorverlagerung der Strafbarkeit, selbstständige Delikte, Grundprinzipien des Strafrechts.

*Keywords:* preparatory acts, preparatory offences, criminal intervention at an early stage, substantive offences, principles of the rule of law.

## Sumario

### 1. Planteamiento

### 2. Concepto y naturaleza de los delitos de preparación

#### 2.1. Caracteres de la preparación delictiva

- a) La dependencia valorativa respecto del hecho principal
- b) El doble componente subjetivo. Los actos preparatorios como tipos de intención
- c) El carácter pre-ejecutivo (en sentido material)
  - i) *Inchoate or pre-inchoate offences?* La (borrosa) delimitación conceptual de la preparación delictiva en el ámbito angloamericano
- d) Peligro mediato (¡pero no nulo!)

#### 2.2. ¿Delitos de preparación vs. formas de participación intentadas?

#### 2.3. Delitos de preparación vs. delitos autónomos

- a) Actos preparatorios elevados a la categoría de delitos ¿autónomos? Las confusas clasificaciones de los delitos preparatorios
- b) Criterios de identificación de las figuras delictivas pertenecientes a una y otra categoría
- c) La disyuntiva desde la doble perspectiva de política legislativa e interpretativa
- d) Delitos de preparación, delitos de peligro abstracto y delitos contra bienes jurídicos colectivos

### 3. Ámbito de extensión de los delitos de preparación en el Derecho positivo español

#### 3.1. Delitos preparatorios: la excepción que desvirtúa la regla

### 4. Rasgos de la expansión de los delitos de preparación

- 4.1. La inocuidad de las conductas. El castigo de la preparación de la preparación
- 4.2. La falta de taxatividad de los tipos
- 4.3. La desproporción de las penas

### 5. Las divergencias en el tratamiento de la preparación delictiva en la Parte General y en la Parte Especial: choque de tendencias político-criminales (¿o punitivismo alevoso?)

### 6. Reflexión final

### 7. Tabla de jurisprudencia citada

### 8. Bibliografía

## 1. Planteamiento

Se suele definir el sistema español de incriminación de los actos preparatorios destacando que son tres las concretas conductas preparatorias objeto de sanción (conspiración, proposición y provocación) y que éstas, además, frente a lo que sucedía en la regulación anterior al Código penal de 1995, se castigan solo respecto de un número tasado de delitos<sup>1</sup>. A partir de aquí se acostumbra a señalar también que en nuestro ordenamiento rige el principio de impunidad de los actos preparatorios. Tal criterio, que en efecto es posible estimar vigente en la medida en que no existe un precepto que sancione con carácter general esta clase de comportamientos —a diferencia de lo que hace el art. 62 CP en relación con la tentativa—, se explica como manifestación del Derecho penal liberal, que sitúa el límite genérico de la punibilidad en el comienzo de la ejecución delictiva y, como recuerda VIVES ANTÓN, puede considerarse una exigencia del principio constitucional de proporcionalidad<sup>2</sup>. Pero ese aparente “calor” de las convicciones liberales de nuestro legislador —que de acuerdo con la clásica afirmación de JIMÉNEZ DE ASÚA cabría derivar del dato de que el Código penal establezca un sistema de *numerus clausus* para el castigo de la conspiración, la proposición y la provocación<sup>3</sup>— admite, al menos, ponerse en cuestión. Pues lo cierto es que, al margen de la regulación de estas figuras, en el Libro II del Texto punitivo se van afianzando de manera creciente los tipos delictivos que incriminan conductas que desde un punto de vista material no son sino actos preparatorios de otros delitos y que en algunos casos, como veremos, suponen una anticipación de la barrera de intervención punitiva todavía mayor que las contempladas en los arts. 17 y 18 CP. Este fenómeno de criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial se aprecia desde luego en relación con delitos graves. Así ocurre de modo muy señalado en materia de terrorismo, en donde se pune desde el adoctrinamiento y el adiestramiento —incluso si uno se los proporciona a sí mismo— hasta prácticamente cualquier forma de financiación de acciones terroristas, o también, y entre otros supuestos, distintas modalidades de provocaciones débiles —además del enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de sus autores, a cuya aplicación se muestra tan proclive la jurisprudencia en los últimos tiempos—. En contra de lo que cabría esperar, el uso de figuras preparatorias no se limita

<sup>1</sup> Véase, entre otros, MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 346; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª ed., 1999, p. 720; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, 7ª ed., 2017, pp. 293 ss.; GÓMEZ RIVERO, «La intervención en el delito en fases posteriores y previas a la ejecución», en LA MISMA (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal: Parte General*, 3ª ed., 2015, pp. 397 ss.; MIRA BENAVENT, «Actos preparatorios punibles», en BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 23; ALASTUEY DOBÓN, «Los grados de realización del delito», en ROMEO CASABONA et al. (coords.), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2016, pp. 186 s.; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código penal*, 2016, p. 85.

<sup>2</sup> VIVES ANTÓN, «Artículos 17 y 18», en EL MISMO (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, p. 104. Véase también, precisando que pese a su origen histórico ligado al liberalismo la regla de impunidad de los actos preparatorios debe verse asimismo como una exigencia inherente al Estado social y democrático de Derecho, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Las fases de ejecución del delito», RJC, (79-1), 1980, p. 6.

<sup>3</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 1954, p. 502. En rigor, aludía el citado autor a “las conductas conspiradoras”, y concretamente a la conspiración y a la proposición, que eran los actos preparatorios —para él “resoluciones manifestadas”— previstos en la Parte General de los Textos punitivos que inspiraron su célebre frase (Códigos penales de 1848, 1850, 1870 y 1932; la provocación se introduciría por primera vez en el Código penal en 1870, si bien en su Libro II [arts. 582 y 583], igual que en el Código de 1932 [arts. 559 y 560]). Lo cierto es que, a partir de ahí, se viene vinculando comúnmente la regulación de las tres conductas preparatorias —también de la provocación—, recogidas primero en el art. 4 CP 1944 y ahora en los arts. 17 y 18 del vigente texto legal, al carácter más o menos liberal de un ordenamiento penal. Véase, entre otros, ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito», CPC, (18), 1982, pp. 491 ss.; MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 350; FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito*, 2ª ed., 2011, p. 257.

sin embargo a ámbitos delictivos como el citado, en el que tradicionalmente la intervención punitiva tensa al máximo los principios limitadores del *ius puniendi* inherentes a un Estado de Derecho, sino que alcanza asimismo a otros grupos de delitos orientados a la protección de bienes jurídicos de muy diversa naturaleza y gravedad (entre otros, la salud, la libertad sexual, la intimidad, el patrimonio y el orden socioeconómico, la fe pública, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, el orden público). Pese a ello, y pese a que estamos en fases previas al inicio de la ejecución del delito y por tanto en todo caso ante conductas lejanas a la lesión del objeto de tutela, los delitos de preparación tienen asignadas en general penas severas.

El art. 189.1.b) CP, por ejemplo, castiga con prisión de hasta cinco años la posesión de pornografía infantil destinada a su venta, distribución o exhibición. El art. 400, en relación con el art. 386.1 CP, permite imponer una pena de ocho a doce años de prisión por la fabricación, obtención o tenencia de útiles, programas informáticos u otros medios específicamente destinados a la comisión de un delito de fabricación de moneda falsa. Y por citar solo, de momento, un ejemplo más, el art. 576.1 CP prevé una sanción de cinco a diez años de prisión por recabar o adquirir bienes o valores con la intención de que sean utilizados para cometer *cualquier* delito terrorista. La pena aquí se puede elevar incluso hasta quince años de prisión si dichos bienes se llegan a poner efectivamente a disposición del terrorista (art. 576.2 CP), y en todos los casos, como resulta característico de los tipos preparatorios, sin necesidad de que haya ningún principio de ejecución del delito-fin o de referencia por parte del autor.

La existencia de tipos que elevan actos preparatorios a la categoría de delitos no es, como resulta sabido, algo nuevo en nuestro Derecho<sup>4</sup>. Ahora bien, en el sentido ya apuntado, se advierte en los últimos tiempos una tendencia del legislador a otorgar un protagonismo ascendente a esta clase de figuras. Así lo muestran las reformas penales habidas en años recientes en nuestro país –de manera particularmente intensa, como veremos, las de 2015–. Y una conclusión similar se obtiene a la vista de la normativa europea<sup>5</sup>, y de la realidad legislativa de otros ordenamientos de nuestro entorno como el de Reino Unido o Alemania.

A título, de nuevo, meramente ejemplificativo: la Ley de terrorismo de 2006 de Reino Unido (*Terrorism Act 2006*) tipifica diversos delitos preparatorios, entre ellos –¡con pena de *imprisonment for life*!– el de involucrarse en cualquier conducta de preparación orientada a la comisión de actos terroristas o con la intención de ayudar a otros a cometerlos (*section 5, preparation of terrorist acts*), o también, en estos casos con castigos inferiores, la publicación de declaraciones que admitan ser entendidas como una incitación directa o indirecta a la comisión, preparación o instigación de actos terroristas (*section 1, encouragement of terrorism*); la difusión de publicaciones terroristas con la intención de incitar directa o indirectamente a la comisión, preparación o instigación de actos terroristas (*section 2, dissemination of terrorist publications*); proporcionar o recibir formación o entrenamiento con propósitos terroristas (*section 6, training for terrorism*), llegándose a castigar incluso la mera asistencia o el hecho de estar presente en cualquier lugar en el que se proporcione

<sup>4</sup> En lo que se refiere solo al Texto punitivo que precedió al vigente, se castigaba, entre algún otro supuesto, la expedición de abortivos por parte de farmacéuticos sin la debida prescripción facultativa (arts. 420.2 CP 1944/415.3 CP 1973), proporcionar lugar para la ejecución del delito de detención ilegal (art. 480.2 CP 1944) –o también luego, construirlo, acondicionarlo o tenerlo a su disposición, ya sea para cometer la detención uno mismo o bien para proporcionárselo a otros con el mismo fin (art. 481 bis, introducido por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre)–, o la tenencia o fabricación de ganzúas u otros útiles destinados especialmente para ejecutar el delito de robo (art. 509 CP 1944).

<sup>5</sup> Es ilustrativa a este respecto la reciente Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo (en adelante Directiva (UE) 2017/541), en la que se recoge un buen número de delitos de preparación (arts. 4 a 11). Salvo un supuesto muy concreto (art. 9.2), todos ellos se encuentran ya contemplados en nuestro Código penal.

dicha formación o entrenamiento dirigidos a la comisión o preparación de actos terroristas (*section 8, attendance at a place used for terrorist training*)<sup>6</sup>.

La Ley para la persecución de la preparación de delitos violentos graves contra la seguridad del Estado promulgada en Alemania en 2009 (*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*) incorpora al StGB el delito de preparación de actos de violencia grave contra la seguridad del Estado (§89a StGB, *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*), que incluye diversas modalidades típicas de preparación de dicha clase de ilícitos —actividades de adiestramiento, de producción de armas o de financiación— asignándoles una pena de prisión de entre seis meses y diez años, o, con sanciones ya más leves, el delito de establecimiento de contacto con una organización terrorista con el propósito de recibir formación para la comisión de las citadas conductas graves contra la seguridad del Estado (§89b StGB, *Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*) o de distribución de materiales que puedan servir para instruir en la realización de esos mismos delitos, en circunstancias proclives a hacer surgir en otros la voluntad de cometerlos, o de obtención de tales materiales con la finalidad de llevar a cabo asimismo aquellos delitos (§91 StGB, *Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*).

Algunos autores vienen poniendo de manifiesto desde hace tiempo que es posible identificar la *criminalización en el estadio previo a la lesión* del bien jurídico como uno de los rasgos de la evolución de la política criminal de nuestros días, y que en ese contexto cabe atribuir un papel decisivo a la punición de conductas preparatorias del delito (tanto en la Parte General como en la Parte Especial)<sup>7</sup>. Este elemento, junto con otros como la desproporción de las penas, se señala de hecho como característica esencial del Derecho penal del enemigo<sup>8</sup> o integra asimismo el contenido del llamado Derecho penal de la seguridad ciudadana<sup>9</sup>, modelos que en mayor o menor grado encuentran una plasmación significativa en el Derecho positivo contemporáneo<sup>10</sup>. Desde el prisma

<sup>6</sup> En el supuesto relativo al entrenamiento terrorista (*section 6*), tras la reforma operada por la *Criminal Justice and Courts Act 2015*, se prevé que el castigo pueda ser también, entre otros, el de cadena perpetua. Y esta misma pena se prevé igualmente en la citada *Terrorism Act 2006* para otras conductas como la de fabricar o poseer dispositivos radiactivos con propósitos terroristas (*section 9, making and possession of devices or materials*) o la de solicitar a otro de manera amenazante el acceso a dispositivos o a material radiactivo o instalaciones nucleares con la finalidad de que sean utilizados en acciones terroristas (*section 11, terrorist threats relating to devices, material or facilities*).

<sup>7</sup> JAKOBS, «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 ss.

<sup>8</sup> JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 298 s.; y EL MISMO, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio Meliá), en EL MISMO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 42-43, 48-50, 61 ss.

<sup>9</sup> Díez RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, (07-01), 2005, pp. 5 ss.

<sup>10</sup> Véase también, poniendo de relieve la proliferación de delitos preparatorios en el Derecho penal alemán, PUSCHKE, «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito» (trad. Fakhouri Gómez), *InDret*, (4), 2010, pp. 5 ss.; y PETZSCHE, «Punishability of Preparatory Acts in German Criminal Law», en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 67 ss.; en referencia específica al ámbito del terrorismo, ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, pp. 562 ss.; SIEBER, «Risk prevention by means of criminal law. On the legitimacy of anticipatory offenses in Germany's recently enacted counter-terrorism law», en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, pp. 251 ss.; HÜGEL, *Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, 2014, pp. 14 ss. Por lo que respecta al sistema español, destacando los delitos de preparación como manifestación de la corriente de anticipación de la tutela penal característica del Derecho penal contemporáneo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 57 ss.; FUENTES OSORIO, «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 7 ss.; en alusión a la esfera del Derecho penal económico, ALCÁZER GUIRAO, «Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: iter criminis y Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 550, 551, 558, 559. Sobre las figuras preparatorias

del derecho angloamericano se ha llamado igualmente la atención sobre el avance de los *preparatory* o *pre-inchoate offences* en el marco de la llamada Justicia preventiva, considerada un paradigma en pleno desarrollo<sup>11</sup>, o también como parte del fenómeno de “sobrecriminalización”<sup>12</sup>. Por otro lado, se suele destacar en este contexto el auge de los delitos de posesión<sup>13</sup>, muchos de los cuales son a la vez delitos de preparación; y asimismo se alude a la progresiva presencia en las legislaciones de los delitos de organización<sup>14</sup> o incluso de mera agrupación delictiva<sup>15</sup>, que sin perjuicio de que quepan otras vías interpretativas, y de la intensa polémica existente a este respecto, permiten ser contemplados desde una lógica anticipatoria y en esa medida como tipos preparatorios.

A pesar de todo lo anterior, como decía al principio, al tratar la incriminación de la preparación delictiva en nuestro ordenamiento, la doctrina se limita frecuentemente a subrayar la regla general de impunidad de los actos preparatorios y a indicar a continuación como excepciones a dicho principio las previstas en los arts. 17 y 18 CP, sin hacer alusión alguna a los delitos que tipifican conductas de preparación<sup>16</sup> o a lo sumo, cuando se mencionan, atribuyéndoles un carácter muy residual<sup>17</sup>. Esta inclinación a abordar la cuestión en clave – casi – exclusiva de actos preparatorios “de la Parte General” se aprecia también en el hecho de que se suele reservar la (genérica) expresión de “actos preparatorios punibles” para nombrar exclusivamente la conspiración, la proposición y la provocación (¡como si no hubiera más conductas preparatorias punibles en el Código penal!)<sup>18</sup>.

---

introducidas en los últimos años en el marco de los delitos de terrorismo, CANCIO MELIÁ/PETZSCHE, «Precursor crimes of terrorism», en LENNON/WALKER (eds.), *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, 2015, pp. 194 ss. Asimismo, en referencia a los delitos de terrorismo y de desórdenes públicos, BARBER BURUSCO, «Del delito de “difusión” o “propaganda” terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios», *CPC*, (116-2), 2015, pp. 33 ss.

<sup>11</sup> ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, pp. 98-99. Cfr. además RAMSAY, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, 2012, pp. 142 ss. Por lo que respecta a los delitos de terrorismo, WALKER, *Terrorism and the Law*, 2011, pp. 205 ss. Sobre la cuestión en el ordenamiento jurídico estadounidense, puede verse FERZAN, «Inchoate Crimes at the Prevention/Punishment Divide», *San Diego L. Rev.*, (48), 2011, pp. 1273 ss., y asimismo HÜGEL, *Strafbarkeit der Anschlägs-vorbereitung durch terroristische Einzeltäter un deren Unterstützer*, 2014, *passim*. Como muestra del avance de la punición de los comportamientos preparatorios en otros ordenamientos, véase, en referencia a Australia, LEADER-ELLIOT, «Framing preparatory inchoate offences in the Criminal Code: The identity crime debacle», *Crim. Law Journal*, (35), 2011, pp. 80 ss.

<sup>12</sup> Cfr. LUNA, «The Overcriminalization Phenomenon», *American University L. Rev.*, (54-3), 2005, p. 715.

<sup>13</sup> DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Model of the Criminal Process», en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, 2005, pp. 91 ss. También, HUSAK *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, 2008, p. 44, señalando esta clase de delitos como exponente claro de la citada corriente “sobrecriminalizadora”. En alusión al Derecho alemán, véase SCHROEDER, «La posesión como hecho punible» (trad. Polaino-Orts), *RDPC*, (14), 2004, p. 155.; y con referencias a las legislaciones española y alemana, PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, 2005, pp. 17-18.

<sup>14</sup> Véase por todos CANCIO MELIÁ, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, pp. 2, 16 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, «La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?», en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, pp. 88-89.

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 191.

<sup>16</sup> Véanse los autores citados en nota 1.

<sup>17</sup> Véanse, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Conspiración, proposición y provocación», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, pp. 299 y 301; y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 149, si bien en ambos casos en referencia a versiones del texto legal reciente la aprobación del Código penal de 1995; o también CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, p. 179; GIL GIL, «*Iter criminis*», en GIL *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2015, p. 325; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, p. 19.

<sup>18</sup> “Se llaman actos preparatorios punibles en nuestro Derecho la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir” (MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 350). Cfr. también, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, «La punición de

Sin perjuicio de las matizaciones que a este respecto cabe formular en atención al carácter formal del concepto de consumación (y de tentativa y de preparación) — y que como veremos resultan aplicables por igual a la generalidad de los comportamientos típicos preparatorios, al margen de si están definidos en la Parte General o en la Parte Especial<sup>19</sup> —, lo que ahora interesa destacar es que a) desde un punto de vista material, y en tanto que se cumplan los requisitos que — de acuerdo con lo que se expondrá en las páginas siguientes — permitan hablar en tal sentido (material) de actos preparatorios, se trata en todo caso de tipos asimilables: tan acto preparatorio son las formas de provocación de los desórdenes públicos del art. 557.2 CP como las del art. 18 CP — previstas en este segundo caso, como es sabido, en relación con un grupo más o menos amplio de infracciones —; o el tipo de recepción de adoctrinamiento terrorista del art. 575.1 CP como la conspiración o la proposición para cometer cualquier delito de terrorismo (art. 17 en relación con el art. 579.3 CP); b) que en esa medida responden, según comprobaremos, a una problemática común y también deben ser en buena parte unitarias las reglas de solución que se ofrezcan; y c) que asimismo por ello, en orden a evaluar cuestiones esenciales, como sucede de manera destacada con el grado de adelantamiento de la barrera de intervención punitiva de un ordenamiento penal y las consecuencias que de ahí cabe derivar, resulta preferible partir de una noción de acto preparatorio que atienda a *criterios materiales* (con independencia, por consiguiente, de cuál sea la ubicación sistemática de su regulación).

Sobre la base de las consideraciones hasta aquí expuestas, este artículo pretende contribuir a la definición del concepto y de la naturaleza de los *delitos de preparación*<sup>20</sup>, para seguidamente, una vez identificados los rasgos que permiten reconocer qué tipos delictivos son susceptibles de insertarse en dicha categoría, verificar la dimensión — en términos cuantitativos y cualitativos — que tal clase de ilícitos está adquiriendo en la legislación penal española. Esta tarea constituye un imprescindible punto de partida para explorar cuál es el fundamento de la punición de las

---

los actos preparatorios», *ADPCP*, (21-2), 1968, p. 278; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, pp. 720 ss.; DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», *CPC*, (58), 1996, p. 86; ORTIS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 7ª ed., 2017, pp. 293 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ/ÍNIGO CORROZA, *Delictum 2.0*, 3ª ed., 2015, p. 232; MIRA BENAVENT, en BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 23. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 85 ss., destaca la larga tradición jurídica de esta acepción, lo que considera un motivo a favor de su mantenimiento, pero ello sin perjuicio — matiza — de la necesidad de tener presente que el concepto de preparación abarca una realidad más amplia y que constituyen también preparación punible en sentido material los tipos de la Parte Especial que incriminan conductas preparatorias de otros delitos. Otros autores como ORTIS BERENGUER, *CPC*, (18), 1982, p. 490; SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, 2009, p. 49; MOLINA FERNÁNDEZ, «Formas imperfectas de ejecución del delito», en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pp. 312-313; o MORENO-TORRES HERRERA, «Las fases de ejecución del delito», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 2016, p. 182, acogen bajo el título de “actos preparatorios punibles” también a los tipos de preparación de la Parte Especial. Con todo, asimismo en tales casos la atención que se presta a los delitos de preparación en este contexto es en general muy tangencial, considerándose su estudio una cuestión de estricta Parte Especial (véase ORTIS BERENGUER, *CPC*, [18] 1982, p. 490; y MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO [coord.], *Memento Penal 2017*, 2016, p. 313). Constituyen una excepción a este respecto los trabajos de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 57 ss.; y FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 11 ss., que abordan el examen de las conductas preparatorias en el marco de las llamadas estrategias de anticipación de la tutela penal y a partir de un enfoque más general que comprende también los tipos preparatorios del Libro II, además de las figuras de los arts. 17 y 18 del CP.

<sup>19</sup> Véase sobre ello, *infra* 2.1.c.

<sup>20</sup> Considero importante matizar, a efectos de claridad terminológica, y pese a que creo que se deduce abiertamente del planteamiento hasta aquí expuesto, que cuando se alude en el contexto de este trabajo al término “delito de preparación” o “delito preparatorio” ello se hace en un sentido restringido a las conductas de tal naturaleza descritas en la Parte Especial. Es decir, al hablar de tipos preparatorios, de actos preparatorios o de comportamientos preparatorios se hace referencia en general a todos los que reúnan las propiedades necesarias para poder ser considerados de tal índole, independientemente — como decía en el texto — de si están definidos en el Libro I o en el Libro II del Código penal (lo que abarca, en consecuencia, tanto las figuras de la conspiración la proposición y la provocación como el resto de conductas preparatorias recogidas en la Parte Especial); por el contrario, la denominación de *delitos preparatorios* o de *infracciones preparatorias* queda aquí limitada a los *tipos de la Parte Especial* que describen actos preparatorios.



infracciones que tipifican actos preparatorios en nuestro Derecho vigente, y a partir de ahí para la reflexión sobre en qué medida no estamos ante un expediente del legislador orientado a castigar la mera peligrosidad del autor y con ello, desde una perspectiva más general, ante otro signo de la intensificación del carácter preventivo – en sentido fáctico o policial – del (¿moderno?) Derecho penal.

## ***2. Concepto y naturaleza de los delitos de preparación***

Si, como se ha explicado, el principal objetivo de este trabajo es realizar un estudio sistemático sobre los delitos preparatorios y comprobar su ámbito de vigencia en nuestro Derecho positivo, antes que cualquier otra cosa conviene entonces delimitar conceptualmente esta modalidad de infracciones. Además de por consideraciones metodológicas, dicho cometido entiendo que resulta en este caso particularmente indicado por dos razones: 1) Frente a la atención doctrinal que han concitado tradicionalmente la conspiración, la proposición y la provocación, los delitos preparatorios, como categoría en sí mismos, apenas han sido estudiado en nuestro país<sup>21</sup>, más allá de los análisis existentes sobre los concretos tipos preparatorios, que se suelen restringir a las cuestiones que plantea cada delito en particular y en los que, por lo que alcanzo a ver, no se acostumbra a extraer consecuencias en relación con la problemática general sobre la punición de la preparación delictiva. 2) Seguramente por lo anterior, existe como veremos cierta confusión en torno al concepto de delito preparatorio, en especial por lo que se refiere a su demarcación con la categoría de delito autónomo, algo que resulta fundamental en este contexto y no sólo en el plano teórico-conceptual sino también desde el punto de vista aplicativo, habida cuenta de las importantes consecuencias que de la cuestión sobre la naturaleza preparatoria o autónoma del delito se derivan en relación con la interpretación de los tipos concretos.

Como punto de partida cabe definir los delitos de preparación, en el sentido ya adelantado, como tipos de la Parte Especial que describen actos preparatorios de otro delito, ya sea propio – que el mismo sujeto preparador pretende llevar a cabo en calidad de autor material o en sentido estricto: por ejemplo, poseer drogas para traficar con ellas (art. 368 CP) – o ya se trate de la preparación de un delito ajeno o de terceros – el preparador no tiene previsto intervenir como autor material en la conducta principal, prepara por ello el delito de otro: en el ejemplo anterior, si la posesión de drogas estuviera orientada a que un tercero traficara con ellas –. Sin perjuicio de que serán precisas ulteriores matizaciones de este concepto, partiendo de la formulación propuesta lo primero que se debe concretar – a efectos de poder identificar los supuestos que integran esta clase de infracciones – es qué se entiende, en el ámbito del Derecho penal en general, por preparación delictiva, dado que, como se ha visto, el atributo esencial de aquéllas es el hecho de tipificar, vía Parte especial, actos preparatorios.

---

<sup>21</sup> Cfr., no obstante, los ya citados trabajos de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 57 ss.; y FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 11 ss.

## 2.1. Caracteres de la preparación delictiva

### a) La dependencia valorativa respecto del hecho principal

Si preparar el delito es “llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior”<sup>22</sup>, cabe señalar como primera nota identificativa del acto preparatorio –y, con ello también, del delito de preparación– el *carácter facilitador* de la conducta respecto de un delito doloso futuro (que se suele denominar delito principal, delito-fin o de referencia)<sup>23</sup>. Dicho esto, es importante matizar que, desde la concepción de la que aquí se parte, la citada aptitud facilitadora constituye, además de un rasgo esencial del comportamiento preparatorio, el fundamento de su castigo. Es decir, la punición del acto preparatorio *cobra sentido* en tanto que éste sirve para allanar la ejecución del delito-fin y, de esa forma, implica un incremento del peligro de comisión del mismo. De aquí se sigue la estrecha vinculación del tipo preparatorio con el hecho principal, que es el que determina de acuerdo con lo indicado su bien jurídico. Su contenido de injusto viene condicionado, pues, por el del delito de referencia, y en ese sentido cabe decir que el acto preparatorio – y por consiguiente también el delito de preparación – es *valorativamente dependiente* del hecho principal<sup>24</sup>.

Esta característica de la preparación delictiva dejará fuera de su órbita todas aquellas conductas típicas – de la Parte Especial – que aun cuando puedan preceder o ayudar de manera más o menos general a la comisión de otros delitos, y en esa medida presentar apariencia de ilícito preparatorio, no se fundamenten a partir de la puesta en peligro del bien jurídico del delito-fin y respecto de las cuales, por tanto, quepa sostener que tienen un injusto autónomo. O expresado de otra forma: no basta, en orden a identificar una conducta como preparatoria, con que se pueda afirmar su idoneidad para facilitar otro delito sino que es necesario que dicha cualidad constituya la razón de ser del castigo del tipo (preparatorio). Por eso, aunque la tenencia ilícita de armas es – habitualmente – un paso previo a la comisión de otras figuras delictivas no cabe considerarla un

<sup>22</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 714. Véanse definiciones similares en RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, (21-2), 1968, p. 279; o en DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en Derecho español*, 1986, pp. 210, 212, en alusión específica en ambos casos a la conspiración, la proposición y la provocación; y desde una perspectiva más general, entre otros, en MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, p. 312. Cfr. también FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 21-22, el autor que ha desarrollado principalmente en nuestro país el concepto de acto preparatorio, con ulteriores referencias.

<sup>23</sup> Me parece discutible, en cambio, derivar a partir de aquí que el acto preparatorio sea una *condición* del delito principal (véase FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 22, 63, que parece hablar en este sentido del “carácter condicional” de la preparación delictiva). Que la conducta preparatoria facilite de manera relevante el hecho delictivo principal no implica necesariamente que aquélla sea imprescindible, y que, en esa medida, lo condicione. Por ejemplo, contactar con un menor de dieciséis años a través tecnologías de la información y de la comunicación (art. 183 ter.1 CP) puede resultar sin duda útil en orden a posibilitar el abuso sexual del menor –y así se explica su castigo–; si bien ello no quiere decir que el delito no se pudiera llevar a cabo, por el mismo sujeto y contra la misma víctima, por distintas vías (mediante un acercamiento presencial previo). De hecho, hay típicas figuras preparatorias que desde un punto de vista estructural se corresponden con una tentativa de complicidad o de cooperación *no necesaria* (así, las llamadas provocaciones débiles como las que integran los delitos del art. 557.2 CP –a cuyos efectos basta con *reforzar la disposición* a cometer un desorden público– o del art. 578 CP). Véase sobre esto último, *infra* 2.2.

<sup>24</sup> FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 203, alude a la “accesoriedad en sentido amplio” de las conductas preparatorias para significar que éstas “se subordinan a un tipo de la parte especial que determina el bien jurídico amenazado y el marco máximo de injusto que servirá de referencia”.

delito de preparación<sup>25</sup>; y ello dado que su injusto aparece conectado a una genérica afectación al orden público o a la seguridad y no de manera específica al riesgo de realización de esos otros delitos (contra la vida, la salud, etc.), como se sigue del hecho de que los tipos de los arts. 563 ss. CP no requieran la orientación de dicha tenencia o depósito a una actividad delictiva ulterior<sup>26</sup>.

b) El doble componente subjetivo. Los actos preparatorios como tipos de intención

De manera íntimamente ligada a lo anterior, y toda vez que el acto preparatorio — por definición — se dirige a facilitar la ejecución de otro delito, habrá de concurrir siempre, además del dolo, un *elemento subjetivo* que trascienda a la acción típica realizada<sup>27</sup>. Se habla en este sentido de un “doble contenido de la voluntad”, que debe abarcar, junto a la propia conducta preparatoria, la consumación del delito-fin<sup>28</sup>.

Desde este punto de vista es posible afirmar que los delitos de preparación son *delitos de intención o de tendencia interna trascendente*<sup>29</sup>, con la particularidad de que en este caso el objeto sobre el que se proyecta dicho elemento subjetivo y que queda fuera del tipo habrá de ser necesariamente un comportamiento previsto por la ley como delito (el delito-fin o de referencia)<sup>30</sup>. De ahí que si bien

<sup>25</sup> Cfr. no obstante CEREZO MIR, PG, III/2, 2001, p. 179, citando como ejemplo de acto preparatorio que se incrimina en la Parte Especial el delito del art. 568, consistente en la “tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes (...) no autorizado por las Leyes o la autoridad competente”; o igualmente BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 1-2, nota 1.

<sup>26</sup> Véase sobre esto, con más detalle, *infra* 2.3.

<sup>27</sup> Véase MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 235, que incluye entre los tipos incongruentes por exceso subjetivo los actos preparatorios punibles y destaca que éstos se caracterizan “porque el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue, logrando sólo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga”. Véase también, otorgando a dicho elemento intencional trascendente un carácter crucial en la configuración de los tipos que elevan actos preparatorios a la categoría de delito, PUSCHKE, *InDret*, (4), 2010, pp. 6, 16-17; o asimismo LEADER-ELLIOT, *Crim. Law Journal*, (35), 2011, pp. 82-83, destacando la “*ulterior intention*” como componente esencial de los *preparatory inchoate offences* (sobre el contenido de este último concepto en el ámbito del derecho angloamericano, véase *infra* 2.1.c.i).

<sup>28</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª ed., 1999, p. 726. De modo similar a lo que sucede en la tentativa inacabada, cuyo tipo subjetivo, como indica MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 363: “debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y por un *elemento subjetivo del injusto* adicional que exige la *intención de completar* la ejecución”. En la misma línea, ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, pp. 458-459, señala que “(s)i el objeto de referencia del dolo es el tipo objetivo *realizado* (y de lo contrario estaríamos ante un *dolus antecedens*)”, en la tentativa acabada el dolo sí coincidiría con el del delito consumado; mientras que en el tipo subjetivo de la tentativa inacabada “al dolo debe unírsele un elemento subjetivo adicional, consistente, en formulación de la doctrina tradicional, en la ‘resolución de cometer el delito’, y que puede entenderse también como la ‘decisión de realizar todos los elementos necesarios para producir la lesión del bien jurídico’”. Véase también SIEBER, en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, pp. 265-266, afirmando en referencia a los *inchoate offences* o *Planungsdelikte* — que comprenden tanto los tipos de tentativa como de preparación — que en tales casos la intención del autor va más allá de la conducta objetiva por él llevada a cabo.

<sup>29</sup> Cfr. SCHROEDER, RDPC, (14), 2004, p. 160; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 66.

<sup>30</sup> Más concretamente, partiendo de la caracterización de estas infracciones que las subdivide en delitos de resultado cortado y mutilados de dos actos (véase, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 319), admitirían integrarse en esta última categoría los supuestos de preparación de hecho propio, en tanto que en ellos la conducta típica está orientada a una actuación ulterior del *mismo* autor que no forma parte del tipo objetivo. Cfr., citando respectivamente como ejemplos de delitos mutilados de dos actos la tenencia de moneda falsa para su expendición del art. 386.2.2º CP y la posesión de drogas para traficar del art. 368, MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 235; y LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, p. 159. Cabría matizar no obstante que dicha denominación no sería aplicable, siguiendo el planteamiento expuesto, a los supuestos concretos en que tales comportamientos típicos estuvieran guiados por la finalidad de contribuir al delito de un tercero (si se posee la moneda falsa para que otra persona la expendiera o la

cabría sostener que *todos los delitos preparatorios son de intención, existan naturalmente delitos de intención que no son preparatorios*; por ejemplo, el tipo del art. 197.1 CP, por cuanto el hecho de “descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro” no constituye en sí mismo un delito respecto del cual la conducta descrita en el citado precepto pueda entonces calificarse como preparatoria o mejor, en general, de imperfecta realización<sup>31</sup>.

Ello se advierte quizás de manera más clara en el caso del hurto, que se suele citar frecuentemente como ejemplo de delito de intención –concebido desde este prisma el ánimo de lucro como la finalidad de apropiarse definitivamente de la cosa–, bien entendido que la efectiva consecución del indicado objetivo no forma parte del tipo del art. 234 CP –y por eso cabe hablar en este caso del ánimo de lucro como un elemento subjetivo del injusto (diverso al dolo)–, y que tampoco dicha efectiva apropiación definitiva en cuanto tal (acompañada de circunstancias similares a las que se refiere el art. 234 CP) se encuentra tipificada como delito distinto de modo que el hurto pudiera considerarse un tipo de imperfecta realización del anterior.

Pasar por alto el señalado matiz diferenciador entre ambas clases de infracciones (delitos de preparación y de intención) ha conducido en ocasiones a otorgar naturaleza preparatoria a supuestos que no la tienen. Se ha considerado, por ejemplo, que el art. 584 CP, que castiga al español que “con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional”, es un tipo preparatorio<sup>32</sup>: ¿de qué delito (principal)? Algo similar cabe decir respecto de la “tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico” tipificada en el art. 399 bis.2 CP, habida cuenta de que las acciones de distribución o de tráfico de dichos objetos –a las que, según se sigue de la formulación típica del precepto, debe ir dirigida la conducta– no son en cuanto tales constitutivas de delito<sup>33</sup>.

---

tenencia de la droga está dirigida a que otro trafique con ella). Desde esa misma perspectiva, en efecto, los delitos de preparación de hecho ajeno habrían de estimarse asimilados –aunque quizás aquí ello resulta algo más forzado– a los denominados delitos de resultado cortado, en la medida en que en tales hipótesis el “resultado” que está más allá del tipo objetivo (en este caso la consumación del delito principal) no dependería del propio autor de la acción típica. Partiendo, en cambio, de una definición de los delitos mutilados de dos actos que prescindiera de esa matización relativa a si esa segunda conducta adicional que queda fuera del tipo objetivo, y que debe ser abarcada por la intención del autor, pertenece o no al mismo sujeto que realiza la acción típica (cfr., por ejemplo, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 318) no hay obstáculo en considerar a todos los tipos de preparación en general –al margen del dato de si la preparación es de hecho propio o ajeno– como integrantes de la aludida categoría (véase GIL GIL, en GIL *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2015, p. 192, quien desde una configuración de los delitos mutilados de varios actos en esta última línea apuntada cita como ejemplo de dicha clase de tipos los actos preparatorios).

<sup>31</sup> Téngase en cuenta a estos efectos que quien abre la carta de la que se ha apoderado con la intención de descubrir un secreto y lo descubre así efectivamente o vulnera la intimidad del dueño del documento no tendría por qué incurrir necesariamente en el tipo agravado del art. 197.3 CP, salvo que a continuación, por ejemplo, la difundiera a terceros. Por otra parte, de estar tipificada en sí misma como delito (principal) la citada conducta consistente en vulnerar la intimidad o descubrir los secretos de otro, cabría hablar seguramente aquí –desde el momento en que cupiera considerar que la actuación descrita en el art. 197.1 (apoderarse de los papeles, cartas, etc.) sería en rigor una acción *ejecutiva* del delito principal– de un delito de tentativa (más que de preparación). Con todo, insisto, tal y como está formulado en nuestro derecho vigente, el art. 197 CP es “solamente” un delito de intención (y no también un delito de imperfecta realización).

<sup>32</sup> FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, p. 19.

<sup>33</sup> Véase, no obstante, LLORIA GARCÍA, «Delitos de falsedad (2). Falsedades documentales», en BOIX REIG (coord.), *PE*, t. III, 2012, p. 448, calificando el comportamiento penado en dicho precepto de “acto preparatorio”.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el hecho de que la figura delictiva contenga el citado elemento intencional referido a la realización de una conducta ulterior tipificada como delito no basta por sí solo para afirmar la existencia de un ilícito de preparación sino que es preciso que, junto con dicho componente subjetivo –necesario, por tanto, a tal efecto, pero no suficiente–, concurren el resto de elementos que conforman el acto preparatorio.

El delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP, pese a que requiere que la conducta típica esté guiada por determinados propósitos cuya consecución en sí misma sería en algunos casos claramente constitutiva de delito (por ejemplo, en lo que se refiere a la finalidad de explotación sexual, del tipo de determinación a la prostitución del art. 187 CP), se endereza –según opinión común– a la protección de la libertad y la dignidad de las personas; objetos de tutela que, independientemente de la eventual lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos que pueda tener lugar, se entienden ya atacados a través de los comportamientos descritos en el art. 177 bis CP (captar, transportar, trasladar [...] a la víctima por medio de violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad [...] y con los fines señalados en el mismo precepto)<sup>34</sup>. No depende, pues, valorativamente de esos otros tipos delictivos para los que la conducta de trata puede servir como medio; es decir, tiene un injusto autónomo, lo que, según se ha razonado ya, resulta incompatible con la naturaleza preparatoria de la infracción. Así las cosas, constituye otro ejemplo de tipo de intención no preparatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, el elemento subjetivo del injusto consistente en la resolución de consumir un delito-fin resulta con carácter general determinante en orden a diferenciar los delitos de posesión preparatorios de los de mera posesión (no preparatorios)<sup>35</sup>.

De acuerdo con ello, cabe integrar en esta última categoría las figuras de tenencia de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas (art. 345 CP) o las ya citadas de tenencia ilícita de armas, municiones o explosivos de los arts. 563 ss. CP. Son por el contrario ejemplos de la primera, entre otros, el delito de posesión de pornografía infantil con la finalidad de venderla, distribuirla, exhibirla (...) (art. 189.1.b) CP) o de equipos o programas informáticos diseñados o adaptados para hacer posible el acceso inteligible a servicios de radiodifusión o interactivos sin el consentimiento del prestador del servicio (art. 286.1.1º CP), la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas preordenada al tráfico (art. 368 CP) o de precursores con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitas de esas mismas sustancias (art. 371 CP), la tenencia de moneda falsa para su expendición, distribución o puesta en circulación (art. 386.2.2º CP) o, en fin, la posesión de bienes o valores con la intención de que se utilicen para la comisión de delitos de terrorismo (art. 576.1 CP)<sup>36</sup>. En todos los supuestos pertenecientes a este grupo (delitos de posesión preparatorios), en el sentido explicado, el injusto de la infracción se vincula a la peligrosidad –no

<sup>34</sup> Véase por todos CUERDA ARNAU, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª ed., 2016, pp. 194 ss.

<sup>35</sup> Véase SCHROEDER, *RDPC*, (14), 2004, pp. 160-161; y PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 49 ss.

<sup>36</sup> Estamos pues, claramente, ante categorías delictivas diversas, que se solapan sólo de modo parcial: conforme a los ejemplos acabados de citar, existen delitos de posesión que son a la vez preparatorios pero también delitos de posesión que no son de preparación, e igualmente a la inversa (entre otros muchos: los previstos en los arts. 183 ter 1 y 2, 475, 557.2 o 577.2). Cfr., no obstante, NÚÑEZ CASTAÑO, «Formas de realización del delito: el *iter criminis*», en GÓMEZ RIVERO (coord.), *PG*, 3ª ed., 2015, p. 332, quien parece identificar los actos preparatorios tipificados en la Parte Especial (delitos preparatorios) con los “delitos de tenencia o posesión”.

meramente presunta<sup>37</sup> — que la posesión de los diversos objetos o sustancias representa en relación con la comisión del delito principal<sup>38</sup>.

La necesidad de un elemento tendencial (que trascienda a la conducta efectivamente realizada y que alcance a la consumación del delito principal) en el marco de los actos —y delitos— preparatorios obedece tanto a razones de lógica conceptual como de ofensividad. La propia idea de preparación —también si se contempla desde una perspectiva prejurídica— aparece, en efecto, inevitablemente conectada a la consecución de una actividad ulterior —que en este caso habrá de ser delictiva, puesto que nos referimos aquí a una tal clase de preparación—. De otro lado, no se debe perder de vista que estamos hablando de un ámbito en el que se sancionan fases muy tempranas del *iter criminis*, en el que los tipos, por consiguiente, poseen comúnmente escaso contenido material, y que a este respecto el citado componente intencional determina con carácter general un incremento del injusto (en términos de desvalor subjetivo de acción pero también de desvalor *objetivo* de acción<sup>39</sup>).

<sup>37</sup> En este punto se debe recordar que todos los requisitos del tipo preparatorio, incluido el indicado elemento intencional, habrán de quedar probados de manera suficiente. Véase en esta línea, la STC, Pleno, 8.6.1988 (nº 105/1988; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León) a propósito del antiguo delito de tenencia de útiles para el robo (art. 509 CP 1944/1973): “la posesión de los instrumentos, como la idoneidad de éstos para un delito de robo con fuerza en las cosas, y la especial destinación o destino por su poseedor a la ejecución de delitos de tal tipo, corresponde siempre probarlas, como cualquier otro elemento inculpativo, a la parte acusadora, sin que por exigencia de la ley tenga el acusado que realizar prueba alguna”. De acuerdo con ello el TC declara inconstitucional el art. 509 CP “en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito”.

<sup>38</sup> La cuestión sobre la naturaleza —preparatoria o no— de algunos ilícitos de posesión ha sido objeto de discusión. Véase, por ejemplo, VIVES ANTÓN, «Delitos contra la propiedad. Robo con fuerza. Otras figuras de robo», en EL MISMO (coord.), *PE*, 3ª ed., 1990, pp. 858-859, en relación con el ya citado delito de tenencia de útiles para el robo (art. 509 CP 1944/1973), defendiendo una interpretación del precepto —aun cuando su tenor literal hablaba expresamente de “ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo” — que excluyera la consideración de la conducta típica como acto preparatorio y con ello también la necesidad de “la prueba del destino de los útiles a la comisión del robo” y de manera entonces que el peligro “se independice de las concretas lesiones del patrimonio que puedan llevarse a cabo con los útiles”. La doctrina se muestra más proclive en general a requerir el elemento tendencial en los delitos de posesión, en términos que los llevarían por tanto, de acuerdo con lo expuesto en el texto, al terreno de los delitos de preparación. Véase por todos, ASHWORTH, «The Unfairness of Risk-Based Possession Offences», *Crim. Law and Philos.*, (5), 2011, pp. 237 ss., insistiendo en la necesidad de que se pruebe “a further intent” como uno de los principales criterios rectores para la racionalización del castigo penal de la posesión. Desde otra perspectiva, véase PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 49-50, que pese a identificar un “significado de preparación” en los delitos de posesión que se acompañan “del plan criminal (intención) de cometer un delito”, acaba atribuyéndoles un injusto autónomo cifrado en la lesión de la seguridad (pp. 66 ss.). Sobre el debate general, que subyace a toda esta problemática, en torno al dilema de si resulta preferible la estructura de delito preparatorio frente a la de delito autónomo, tanto desde un punto de vista de *lege lata* como de *lege ferenda*, véase *infra* 2.3.c.

<sup>39</sup> Véase en cuanto a esto último, NESTLER, «El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes» (trad. Benlloch Petit), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000, pp. 66, 67: “Sólo cabrá apreciar en la posesión un peligro para un determinado bien jurídico en aquellos casos en que el poseedor mismo conciba la posesión como preparación de una actuación delictiva, lo que significa que tan sólo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de tenencia”. Cfr. asimismo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los elementos subjetivos del tipo de acción (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)», *Teoría y Derecho*, (23), 2013, p. 246, resaltando que “la resolución de consumir el hecho típico es ya imprescindible para la configuración del riesgo objetivamente relevante en la acción de tentativa”; y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 138: “la existencia de una conducción final no es sólo un elemento de la imputación subjetiva, sino que también debe ser tenido en cuenta en la configuración del riesgo objetivamente relevante”.

FUENTES OSORIO sugiere que la demanda de dicho elemento subjetivo adicional en determinados tipos puede verse como una forma de contrarrestar la anticipación punitiva que implican<sup>40</sup>. Aunque esta afirmación cabría considerarla en vía de principio coincidente con la línea de pensamiento que hasta aquí se viene exponiendo, lo cierto es que en el planteamiento general de dicho autor sobre las características subjetivas del acto preparatorio se deja fuera de éstas la intención referida a la consumación del delito principal. A su juicio, “*el elemento volitivo propio de la preparación no tiene por qué alcanzar el comienzo de la acción ejecutiva, sino que se limita al deseo de preparar un delito a través de una conducta que conoce que es capaz de facilitar las condiciones necesarias para la realización de un delito*”<sup>41</sup>.

Desde mi perspectiva, una cosa es que deba diferenciarse entre el dolo de la preparación y el especial elemento subjetivo consistente en el propósito de cometer el delito-fin —pues efectivamente, como se ha destacado más arriba, el dolo en cuanto tal sólo puede estar referido a la conducta efectivamente realizada (esto es, aquí a la actividad preparatoria)<sup>42</sup> y, además, que el sujeto haya llevado a cabo actos de preparación del delito con ánimo de consumación no asegura ciertamente que esa voluntad se hubiera mantenido hasta lograr la completa ejecución<sup>43</sup>—. Cuestión distinta es que lo anterior impida requerir como elemento de los tipos preparatorios la intención de que se consume el delito principal (ya sea por parte del mismo sujeto que haya efectuado el comportamiento preparatorio o bien de otra persona). Como el propio autor reconoce, aun cuando ello no forme parte del dolo básico del preparador “podría ser una exigencia subjetiva adicional”<sup>44</sup>. De eso se trata: de exigir como elemento subjetivo del injusto —de manera añadida, por tanto, al dolo— el deseo de consumación del delito de referencia. *Si esto último, que de acuerdo con lo indicado más arriba comporta un mayor contenido de injusto, se estima necesario en la tentativa (inacabada), con mayor razón debe serlo en la preparación*, pues sabido es que aquí ni siquiera se ha dado comienzo a la ejecución del delito y que existe por tanto mayor lejanía de la conducta con la lesión al bien jurídico.

Por lo demás, el doble componente subjetivo necesario a efectos típicos, en los términos descritos, ha de satisfacerse desde luego tanto si hablamos de un acto preparatorio de la Parte General como de la Parte Especial. Es decir, también si se trata de un *delito preparatorio* —siempre que lo sea en sentido estricto (= valorativamente dependiente del delito principal)—, será necesario que al dolo relativo a la conducta efectivamente realizada se sume el consabido elemento subjetivo del injusto (finalidad de realización del delito —ya sea a cargo del propio agente o de un tercero— del delito que se prepara)<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 124-125.

<sup>41</sup> FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 106 (cursiva en el original). El dolo de preparación, insiste a continuación el mismo autor, “no incluye *per se* el deseo de alcanzar la lesión del bien jurídico, ello pertenece necesariamente al dolo básico de otra conducta, aquella capaz de iniciar, al menos, la ejecución del tipo penal” (p. 107, pp. 108 ss., 202, 203, 208). Tal requisito lo concibe a modo de “plus subjetivo” y en todo caso potestativo, que el legislador puede introducir en aquellos supuestos que considere oportuno tanto en el marco de la preparación tipificada como extensión del injusto formalmente no autónoma como de los actos preparatorios tipificados de manera formalmente autónoma (pp. 115, 124 ss., 208).

<sup>42</sup> Véase lo apuntado *supra* nota 28.

<sup>43</sup> Tal y como ocurre, de nuevo, en el caso de la tentativa inacabada. Véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016 p. 363.

<sup>44</sup> FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 106. Cfr. también *op. cit.*, pp. 114 s.

<sup>45</sup> Cfr. no obstante FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 123 ss., que en relación con lo que denomina “tipificación formalmente autónoma de la preparación” no sólo considera prescindible “la intención lesiva del bien jurídico principal” sino que rebaja todavía más el contenido o rango de exigencia del tipo subjetivo: en tales casos, en su opinión, “la resolución delictiva se reduce a la voluntad de realizar la conducta típica (...) sin que sea necesaria la vinculación con un fin delictivo concreto”, evitándose así “la compleja tarea de probar si un sujeto prepara un delito con esa actuación y qué delito en concreto”. El citado autor no ofrece una explicación de por qué ello debería ser así, siendo que habla de tipos preparatorios sólo *formalmente* autónomos (y que como hemos visto resulta inherente al concepto de preparación delictiva semejante conexión subjetiva con una actividad delictiva ulterior), y que admite que el legislador sí que establece dicha conexión subjetiva obligatoria, incluyendo elementos subjetivos del injusto que trascienden el tipo objetivo, al menos en algunos de dichos supuestos y en atención a consideraciones relacionadas con los principios de ofensividad y de presunción de inocencia.

## c) El carácter pre-ejecutivo (en sentido material)

Sin perjuicio de la importancia que, según se acaba de destacar, adquiere el aspecto subjetivo en el ámbito de la preparación delictiva, es evidente que para que ésta cobre relevancia penal debe concurrir un *comportamiento externo*, pues de otro modo se vulneraría el principio del hecho y se estaría castigando el mero pensamiento. Pero ha quedado también sentado que resulta inherente al acto preparatorio su naturaleza facilitadora de un delito doloso futuro, y ello hasta el punto de que el castigo del primero se justifica en esa medida. No basta, por tanto, con exteriorizar una voluntad criminal. Es preceptivo que además la conducta constituya una *puesta en marcha del delito*<sup>46</sup>, lo que a mi juicio se debe concretar en que aquélla resulte facilitadora —en el sentido indicado— del delito-fin, determinando con ello un incremento (relevante) del riesgo de comisión del mismo<sup>47</sup>; aunque, a la vez, sin que llegue a ser inicio de su ejecución, puesto que en tal caso nos adentraríamos ya en el terreno de la tentativa<sup>48</sup>. Estamos, pues, ante *conductas pre-ejecutivas* y que, como se suele observar, se sitúan en una fase intermedia entre la interna y la ejecutiva; bien entendido que no cualquier conducta perteneciente a esa fase intermedia —externa y pre-ejecutiva— reúne los requisitos para ser acto preparatorio (no lo hace, según acabamos de ver, una simple resolución manifestada pese a que pueda considerarse ya una exteriorización de la voluntad, previa a la ejecución del delito de referencia)<sup>49</sup>.

En este contexto es importante tener presente que el acto preparatorio —al igual que la tentativa— es, además de una forma de aparición del delito-fin, un tipo distinto<sup>50</sup>, pues a efectos de que adquiera relevancia penal se requiere de un “proceso de tipificación”<sup>51</sup>. Desde este último punto de vista, toda vez que la consumación se entienda —según se suele hacer— como un concepto formal que remite a la realización de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo<sup>52</sup>, cabrá

<sup>46</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pp. 312 s.

<sup>47</sup> De ahí que no sea aceptable la consideración de la conspiración, la proposición y la conspiración como meras resoluciones manifestadas. Más allá de si las figuras reguladas en los arts. 17 y 18 CP constituyen actos “materiales” o “verbales” —que es el criterio que ha considerado determinante algún autor a efectos de delimitar actos preparatorios y resoluciones manifestadas (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 1954, p. 500)— lo relevante será si “ha empezado ya a recorrerse el camino hacia la realización” (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, pp. 720-721, nota 41), o, de manera más concreta en este caso, si se trata de “actos que permiten construir una asociación de varias personas para cometer un delito (...) o hacer nacer en otro la voluntad de cometerlo” (MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, p. 312). Como recuerda ORTIZ BERENGUER, *CPC*, 1982, (18), p. 487: “la mera manifestación de la resolución delictiva puede efectuarse sin la finalidad ni la virtualidad de allanar el terreno a la posterior ejecución y, en este sentido, no preparar nada”.

<sup>48</sup> Según se sigue de la definición legal de esta figura que exige, como es sabido, que el sujeto dé “principio a la ejecución del delito” (art. 16.1 CP). Tratándose de actos preparatorios de hecho ajeno, como sucede por ejemplo en la provocación o en alguna modalidad de proposición (como invitación a la autoría o tentativa de inducción), será el inicio de la ejecución por parte del autor del delito principal lo que determinará que la conducta traspase la frontera de la preparación delictiva para convertirse en una participación, ya sea en relación con un delito intentado o consumado, en función de si el citado autor ha completado o no la totalidad de los elementos del tipo. Sobre la delimitación en general del momento de inicio de los actos ejecutivos, cuestión que determina naturalmente de manera relevante el marco de extensión de la preparación delictiva (punible y no punible) y en la que no se puede entrar en este trabajo, véase por todos ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, *passim*.

<sup>49</sup> Véase *supra* nota 47.

<sup>50</sup> MIR PUIG, «Los términos “delito” y “falta” en el Código penal», *ADPCP*, (26-2), 1973, pp. 349 ss., y 371 ss.; y EL MISMO, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 345-346, 349, 351.

<sup>51</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 711, nota 1.

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, ALCÁCER, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 553 ss.



decir que también los tipos de preparación son “consumados”. Esto es algo que se aprecia de manera muy evidente en las conductas preparatorias tipificadas en el Libro II<sup>53</sup>, pero que igualmente sirve para la conspiración, la proposición y la provocación: es decir, con independencia de si se trata de un comportamiento preparatorio descrito en la Parte General o en la Parte Especial<sup>54</sup>. Así las cosas, hablar del carácter *pre-ejecutivo* o *preparatorio* de las conductas —en general—, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario<sup>55</sup>, no resulta incompatible con sostener que se trata de “tipos consumados” siempre que se tenga en cuenta que en el primer caso se está haciendo referencia a la “naturaleza del hecho” y en el segundo a la cuestión de su “tipificación”<sup>56</sup>. Y similares consideraciones resultan aplicables a los así llamados *delitos de*

<sup>53</sup> Véase GRACIA MARTÍN, «El “iter criminis” en el Código penal español de 1995», *CDJ*, (27), 1996, versión electrónica, en torno a nota 6, señalando que el concepto de consumación resulta también válido para los delitos de la Parte Especial que estén configurados como tipos de preparación; o FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 68, para quien una conducta preparatoria se puede convertir en ejecutiva en función de la descripción típica, “cuando se recoja en un tipo de forma autónoma”, de tal modo que “habrá preparaciones materiales que desde una perspectiva formal sean actos ejecutivos” (p. 70). En sentido similar, en referencia específica al delito de tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos técnicos protectores de programas informáticos (en la versión del derogado art. 270.3 CP), GÓMEZ MARTÍN, «El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995», *RECPC*, (04-16), 2002, p. 9. Cfr. también JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 293, subrayando que el hecho de que en la dogmática penal se parta de manera significativa de un concepto formal de consumación comporta que resulte “materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo” y que a causa de dicha concepción formal “en el asesinato es todavía estadio previo lo que en los delitos de falsificación de moneda e incluso en formas triviales de falsedades documentales es ya consumación”.

<sup>54</sup> Lo afirmado no prejuzga la cuestión, en la que ahora no se puede entrar, de si es posible apreciar respecto de las figuras de los arts. 17 y 18 CP, y respecto de los tipos preparatorios en general, formas de participación e imperfectas de ejecución.

<sup>55</sup> Quizás para salvar esa aparente contradicción, algunos autores prefieren decir que los tipos de la tentativa y de la conspiración, la proposición y la provocación son “completos” (OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, 2ª ed., 1986, p. 420).

<sup>56</sup> Véase COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 711, nota 1, llamando la atención sobre la necesidad de reparar en “esa doble dimensión —intrínseca y de referencia— de las fases de realización del delito”. Seguramente no atiende a esta diversa perspectiva BACIGALUPO (*PG*, 1994, p. 164), quien a partir del reiterado carácter relativo de los conceptos de preparación y ejecución (“que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal”) concluye que no hay “actos preparatorios” en sí, ni “actos de ejecución en sí”, pareciendo sugerir de esta forma que en realidad no existen actos preparatorios penados sino que todo lo que resulta punible es un “auténtico acto de ejecución” y que por eso es “quizás errónea” la afirmación de JESCHECK—que por lo demás constituye un lugar común— de que “‘excepcionalmente’ la ley castiga también actos preparatorios”. De acuerdo con lo que se viene explicando en el texto, desde un punto de vista *material* cabe considerar que son actos preparatorios —al margen de si están descritos en la Parte General o en la Parte Especial y sin perjuicio también de que, en todo caso, el tipo en el que se recoja la conducta preparatoria pueda entenderse consumado (atendiendo al carácter *formal* de este concepto)—, aquellos comportamientos cuya punición adquiere razón de ser en tanto que facilitan una actividad tipificada como delito (el delito-fin) y sin que su descripción típica implique un inicio de ejecución del referido delito principal (en cuyo caso estaríamos ya ante una tentativa o bien ante un delito de tentativa —si la conducta facilitadora-ejecutiva hubiera sido elevada a la categoría de delito en la Parte Especial, en ambos supuestos en sentido material). Desde este planteamiento, sí que es posible hablar desde luego en nuestro ordenamiento de actos preparatorios “en sí mismos” —o, si se quiere, en sentido sustancial—, lo cual, lejos de ser una cuestión meramente terminológica, determina importantes consecuencias de diverso orden: así se explica, por ejemplo, en referencia al delito de tenencia de instrumentos para falsificar al que alude BACIGALUPO (*PG*, 1994, p. 164), que aquél se deba entender desplazado en virtud de un concurso de normas por el delito principal en aquellos casos en que tenga lugar la efectiva falsificación, precisamente porque tal supuesto, en contra de lo que el citado autor mantiene, sí que constituye —bien es cierto que siempre que se contemple desde una óptica material— un “acto preparatorio «excepcionalmente» penado” y no un “auténtico acto de ejecución”; algo que no es posible afirmar en cambio respecto del otro ejemplo que apunta BACIGALUPO (*PG*, 1994, p. 164) y que parece considerar equiparable al anterior: “(d)esde el punto de vista del apoderamiento tenido en miras por el autor, la muerte del

*tentativa*<sup>57</sup> o también a los ampliamente extendidos, en el marco del “*Common Law*”, *inchoate offences* y *pre-inchoate/preparatory offences*.

i) *Inchoate or pre-inchoate offences*? La (borrosa) delimitación conceptual de la preparación delictiva en el ámbito angloamericano

En este punto, y desde la perspectiva del objetivo de delimitación de las nociones de acto y delito preparatorio que preside esta parte del trabajo, creo que resulta de interés hacer una mención – que habrá de ser necesariamente sucinta – al significado de las expresiones *inchoate* y *pre-inchoate/preparatory offences* que se utilizan en este contexto en los países de tradición jurídica anglosajona.

*Inchoate offence* quiere decir en términos literales delito “acabado de empezar” o “no desarrollado”<sup>58</sup> y se suele oponer a *substantive offence* – delito completo en sí mismo y no dependiente de otro<sup>59</sup> –. Su principal singularidad radica en el hecho de que se estima cometido aun cuando el *substantive offence* al que está referido – también denominado en este marco “*target offence*”, “*full offence*” o “*principal offence*”<sup>60</sup> – no se haya completado y no se haya producido ningún daño<sup>61</sup>. Tradicionalmente se han incluido en esta categoría tres figuras: *attempt* (tentativa), *conspiracy* (conspiración), y *solicitation* o *incitement* (proposición). De estos dos últimos términos, el primero es el usado en el Derecho estadounidense<sup>62</sup> y el segundo en el inglés, en ambos casos para hacer referencia a conductas consistentes en incitar a otro a cometer un delito, si bien el *incitement* británico fue sustituido en virtud de la *Serious Crime Act* 2007 por la – más amplia – figura de *encouraging and assisting a crime*, que castiga a todo aquel que realiza un acto capaz de alentar o ayudar a la perpetración de un delito<sup>63</sup>. Se trata con carácter general de tipos aplicables al conjunto de los delitos (sustantivos) – para significar esta circunstancia se habla en ocasiones de *general inchoate offences*<sup>64</sup> –, de manera que puede decirse que se acoge un sistema de incriminación de *numerus apertus* de estas conductas<sup>65</sup>.

---

custodio de la cosa no es sino un acto preparatorio, pero nadie discutiría que *no* se trata de actos preparatorios excepcionalmente penados”.

<sup>57</sup> Véase sobre esta categoría, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 47 ss.

<sup>58</sup> ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., 2013, p. 454.

<sup>59</sup> Cfr. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10ª ed., 2014, p. 1252.

<sup>60</sup> LEADER-ELLIOT, *Crim. Law Journal*, (35), 2011, p. 81; SImESTER *et al.*, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 5ª ed., 2013, p. 291.

<sup>61</sup> ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., 2013, p. 454. Cfr. también SImESTER *et al.*, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 5ª ed., 2013, p. 291.

<sup>62</sup> Véase el art. 5 del *Model Penal Code*, en el que se incluyen, en efecto, bajo la rúbrica de “*Inchoate Offences*”, como figuras principales las tres reseñadas: *attempt*, *conspiracy* y *solicitation*.

<sup>63</sup> Atribuyéndose asimismo a este supuesto la denominación legal de *inchoate offence*. Véase *Serious Crime Act* 2007, Parte 2, arts. 44 ss.

<sup>64</sup> Así, ASHWORTH, «Attempts», en DEIGH/DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2011, p. 126, subrayando esta “aplicabilidad general” característica de la regulación prevista en el *Model Penal Code* estadounidense y la presunción que rige en el mismo sentido respecto de los *inchoate offences* del Derecho inglés (pp. 126, 127, nota 7, p. 141).

<sup>65</sup> Aunque, como se ha indicado en el texto, con carácter general se consideran como principales referentes de la categoría de *inchoate offences* las figuras de *attempt*, *conspiracy*, etc. – a las cuales resulta común el elemento subjetivo trascendente o *further intent* –, se utiliza también dicha expresión en una inteligencia más amplia. Señaladamente, HUSAK, *Overcriminalization*, 2008, pp. 38 ss., 160 ss., alude a aquélla en términos opuestos a delito consumado

Importa destacar aquí que, si bien la categoría cuyo uso está más extendido es la de *inchoate offences*, se habla también — para designar otros supuestos que incriminan fases anteriores a la consumación de un delito ulterior — de *preparatory* o *pre-inchoate offences*<sup>66</sup>. Éstos se definen como delitos “específicos” — en el sentido de tipos pertenecientes a la “Parte Especial” —<sup>67</sup> que castigan conductas “puramente preparatorias”<sup>68</sup>. Como ejemplos paradigmáticos de este grupo de ilícitos se suelen citar los ya mencionados páginas atrás de la *Terrorism Act 2006* — como el *encouragement*

(*consummate crime*), entendido éste en un sentido *material* que remite al criterio de causación de un daño (*harm*). A decir del citado autor, el *consummate offence* prohíbe una conducta que resulta dañosa en todas y cada una de las ocasiones en que se lleva a cabo, mientras que en el *inchoate offence* ello no se produce y lo que se castiga en tal caso es el *riesgo* de que ese daño (*ultimate harm*) se materialice. Así las cosas, el carácter *consummate* o *inchoate* de un concreto delito dependerá de si éste “proscribe un daño último o el mero riesgo de un daño último”, categorización que se enfrenta a la dificultad, que el propio autor pone de manifiesto, de confeccionar el catálogo de *ultimate harms* que la Ley busca prevenir, o, en otras palabras, de determinar cuándo un comportamiento es *per se* dañoso o bien se castiga para reducir la probabilidad de que un daño subsiguiente tenga lugar. Cfr. también, EL MISMO, «The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offences», *Arizona L. Rev.*, (37), 1995, pp. 151, 158, 164 ss., refiriéndose aquí a los “*nonconsummate offences*” — pero con idéntico contenido al que hemos visto que atribuye a los *inchoate crimes* — como categoría contraria a la de *consummate offences*; o asimismo, otorgando un significado extensivo a la “*inchoate liability*”, en el que encuentra cabida, por ejemplo, la conducción bajo la influencia del alcohol. Asimismo, FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 175-176. Conforme a lo hasta aquí expuesto, por cierto, estimo que no resulta adecuada la equivalencia que se establece en la traducción de la célebre monografía de HUSAK al castellano entre la expresión “*inchoate crimes*”, de un lado, y “actos preparatorios” y “delitos preparatorios”, de otro (HUSAK, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal* [trad. Lorca Ferreccio], 2013, pp. 86 ss., 244 ss.). Desde una perspectiva general porque, como se comprobará en las páginas siguientes, frecuentemente se atribuye en este contexto a la expresión *preparatory offences* un contenido propio, no exactamente coincidente con el que corresponde a la categoría de *inchoate offences*; pero sobre todo porque el término acto preparatorio, desde la óptica de la tradición jurídica española (que es desde la que debe contemplarse la traducción de la obra a nuestro idioma), remite a la idea de comportamientos en todo caso pre-ejecutivos, y sin embargo, como ha quedado dicho, en los *inchoate offences* se integra de manera tradicional e invariable la figura de la tentativa (*attempt*). Desde el punto de vista particular de la concepción de HUSAK la improcedencia de la citada identificación entre *inchoate offences* y actos o delitos preparatorios resulta, según creo, aún más evidente. Como hemos visto, tal autor otorga un contenido muy amplio a la primera de estas categorías, que alcanza a la generalidad de los delitos de peligro; es más, desde su planteamiento — ciertamente confuso, al menos desde el prisma de la terminología y el instrumental conceptual de nuestra dogmática — se presenta incluso a los delitos de peligro — en la terminología de HUSAK: delitos de prevención de riesgo (*crimes of risk prevention*) — como “ejemplo” o modalidad de *inchoate offences* (EL MISMO, *Overcriminalization*, 2008, pp. 38, 160), esto es, pareciendo atribuirse a éstos últimos (*inchoate offences*) un ámbito en principio más extenso que el de los delitos de peligro. Por lo que se refiere ahora estrictamente a la cuestión de la traducción al castellano de la expresión “*inchoate offences*” en el contexto de la obra de HUSAK como actos o delitos preparatorios, se debe resaltar lo siguiente: los tipos preparatorios, como se precisará más adelante, son efectivamente de peligro, si bien por razones obvias en ningún caso cabe entender, desde nuestra perspectiva, que todos los delitos de peligro — que a juicio de HUSAK se asimilan en los términos explicados a los *inchoate offences* — son preparatorios.

<sup>66</sup> Véase ASHWORTH, en DEIGH/DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2011, pp. 127 ss.; ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, pp. 98 ss.; MCSHERRY, «Expanding the Boundaries of Inchoate Crimes. The Growing Reliance on Preparatory Offences», en MCSHERRY/NORRIE/BRONITT (eds.), *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, 2009, pp. 141 ss., p. 153, 164; CRAWFORD, «Public Safety and Private Security: Are They Reconcilable?», en TORRE (ed.), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, 2013, p. 7, nota 36; RAMSAY, *The Insecurity State*, 2012, pp. 142 ss., aludiendo a la expresión “*pre-inchoate offences*” en una línea similar — en referencia a conductas que constituyen “una fase inicial de un delito completo” (ulterior) — si bien otorgándole un contenido más amplio que abarcaría, además de los preparatorios, otros delitos como los de posesión o los consistentes en el incumplimiento del deber de denunciar (*failure to report offences*). Cfr. también WALKER, *Terrorism and the Law*, 2011, pp. 205 ss., p. 224, utilizando asimismo en este marco, además de la de delitos preparatorios, la expresión “*precursor crimes*”; y OHANA, «Desert and Punishment for Acts Preparatory to the Commission of a Crime», *Can. J. L. & Jurisprudence*, (20), 2007, pp. 113 ss., 139. La denominación *preparatory offences* tiene igualmente base legal: por ejemplo, en la *Sexual Offences Act 2003* (arts. 61 a 63).

<sup>67</sup> ASHWORTH, en DEIGH/DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2011, p. 127.

<sup>68</sup> ASWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, p. 98.

of terrorism o el de *preparation of terrorist acts* —, u otros como el *sexual grooming* o la fabricación de útiles destinados a la comisión de delitos de estafa.

En principio cabría pensar que la delimitación entre los *inchoate offences*, de un lado, y los *preparatory/pre-inchoate offences*, de otro, vendría dada, además de por el diverso margen de aplicación — mayor en el primer caso, en tanto que alcanza a la generalidad de los delitos —, porque de acuerdo con un criterio material una y otra categoría remitirían a estadios también distintos del *iter criminis*, en teoría más tempranos en el segundo caso, tal y como sugiere el propio nombre de *pre-inchoate*<sup>69</sup>. Esta última apreciación resulta adecuada si se toma como referencia la figura de la tentativa — que, sin perjuicio de la concreta configuración legal en los diversos ordenamientos, se asocia en vía de principio con comportamientos más cercanos a la consumación<sup>70</sup> —; pero considero que no lo es tanto si se atiende a los otros dos supuestos que integran clásicamente los *inchoate offences* (*conspiracy* y *solicitation/encouraging or assisting crime*). Esto es, no resulta tan evidente por qué representa — siquiera sea en todo caso — una fase más avanzada o menos remota del *iter criminis*, por ejemplo, la conspiración o la incitación (a realizar actos terroristas) que implicarse en una acción preparatoria con la intención de cometer un delito de terrorismo o de ayudar a otros a cometerlos (*preparation of terrorist acts*, art. 5 *Terrorism Act* 2006)<sup>71</sup>. De hecho, creo que es posible

<sup>69</sup> Véase ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, p. 104 ss., y p. 118, subrayando que estas modalidades delictivas implican la autorización de una intervención penal en fases mucho más preliminares que la que tiene lugar en la tradicional categoría legal de *inchoate offences*. Así las cosas, mientras que en éstos últimos cabe hablar de una suerte de fundamentación mixta (preventivo-retributiva), en el caso de los *pre-inchoate* o *preparatory offences* “el énfasis se pone claramente en la prevención” y sobre esa base su legitimación resulta más problemática desde el punto de vista de los principios garantistas penales (pp. 97-98, 104 ss., 111). Cfr. también ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., 2013, p. 455; y ASHWORTH, en DEIGH/DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2011, p. 127, asociando aquí los términos “actos preparatorios” y “preparación” con la criminalización de fases especialmente adelantadas, en este caso en referencia a los supuestos que resultarían penados a partir de la aplicación de los *inchoate offences* (*attempt, conspiracy*, etc.) a los delitos sustantivos definidos “in the inchoate mode”, lo que a juicio de los citados autores representa un doble adelantamiento (*doubly inchoate and doubly preventive extensions of the criminal law*) y una expansión a terrenos — que son los que identifican con el ámbito de la “preparación” — que trascienden las fronteras “normales” del Derecho penal; o RAMSAY, *The Insecurity State*, 2012, pp. 142 ss., que establece la clave distintiva entre los *pre-inchoate* y los *inchoate offences* en el hecho de que éstos últimos, a diferencia de los primeros, castigan conductas objetivamente peligrosas; MCSHERRY, en MCSHERRY/NORRIE/BRONITT (eds.), *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, 2009, pp. 141, 164, insistiendo desde una perspectiva general en que los delitos preparatorios extienden los límites del Derecho penal más allá de lo que lo hacen los *inchoate crimes*, o en sentido parecido, OHANA, *Can. J. L. & Jurisprudence*, (20), 2007, p. 139.

<sup>70</sup> En el modelo británico la propia definición legal de tentativa habla de un acto que debe ser “más que meramente preparatorio para la comisión del delito” (art. 1 *Attempt Criminal Act* 1981). Desde la perspectiva del *Model Penal Code* (art. 5.01) la cuestión deviene, en cambio, mucho más dudosa a la vista del flexible concepto de tentativa que contiene, cuyo elemento clave está constituido por la realización de un “paso sustancial” hacia la realización del delito y que acoge expresamente en dicho marco comportamientos — “siempre que sean fuertemente corroborativos del propósito criminal del autor” — como, entre otros de similar naturaleza, reconocer el lugar previsto para la comisión del delito o persuadir a la víctima para que acuda al mismo. Véase críticamente FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1988, p. 172, destacando que el test del “*substantial step*” atrasa tanto el umbral del concepto de tentativa que “virtualmente basta con cualquier acto acompañado de la intención de consumir el delito” y dando cuenta de que tal previsión ha obtenido reflejo en algunas leyes estatales que castigan con penas de prisión cualquier conducta llevada a cabo con finalidad criminal. Véase asimismo ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, pp. 110 s., censurando ambas regulaciones, la británica y la del *Model Penal Code*, y postulando un concepto de tentativa más acorde con su “entendimiento popular” y que en ese sentido se vincule al proceso de ejecución del delito.

<sup>71</sup> Y dudas parecidas entiendo que se plantean si se comparan los mencionados *general inchoate offences* y el delito de *grooming* (en los términos en que se tipifica, por ejemplo, en el art. 15 de la *Sexual Offences Act* de 2003, aplicable a Inglaterra y a Gales: encontrarse con un menor, o viajar para encontrarse con él, habiendo existido en todo caso

afirmar que el ámbito de tipicidad de las citadas modalidades de *inchoate offences* y de al menos parte de las conductas que integran los llamados *preparatory/pre-inchoate offences* se solapan. Contrástese, por citar los ejemplos quizás más claros, el – extenso – *encouraging or assisting crime* (art. 44 ss. *Serious Crime Act* 2007), por un lado, y el delito de *encouragement of terrorism* o la, asimismo amplísima, figura de preparación de actos terroristas (arts. 1 y 5 respectivamente de la citada Ley de terrorismo británica de 2006), por otro.

ASHWORTH y ZEDNER ponen convenientemente de relieve que los *preparatory offences* a menudo no exigen “*a further intent*”<sup>72</sup>. Sobre esa base, por cierto, ateniéndonos a la definición técnica de acto preparatorio de la que aquí se parte, y a la cual, según se ha visto, resulta inherente la presencia de un componente intencional que abarque la realización del delito principal, no cabría hablar ya propiamente en tales casos de delitos preparatorios. Sin perjuicio de ello, y por lo que respecta ahora a la delimitación conceptual entre los delitos *inchoate* y *preparatory*, la cuestión es que, si bien es verdad que no en todas, en parte de las conductas que integran éstos últimos sí que se exige dicho requisito subjetivo (por ejemplo, en el reiterado delito de preparación de actos terroristas regulado en el art. 5 de la *Terrorism Act* 2006) y en esa medida, por consiguiente, se seguiría produciendo la reseñada superposición típica entre unas y otras. Ya sólo por eso debe descartarse, pues, el aspecto subjetivo como nota diferencial que permita establecer la frontera entre ambas categorías. Y algo similar puede afirmarse en lo que se refiere a la cuestión de la penalidad. En consonancia con esa – supuesta – mayor lejanía de las conductas típicas con la consumación del delito preparado o con la producción del daño que resultaría característica de los *pre-inchoate offences* cabría esperar una respuesta punitiva menos severa para tales supuestos; pero esto último tampoco sucede en todo caso<sup>73</sup>.

Sea o no por estas consideraciones, lo cierto es que en algunas ocasiones se prefiere hablar de delitos preparatorios como subcategoría de los *inchoate offenses*<sup>74</sup> o directamente incluir bajo este último título el conjunto de comportamientos que castigan fases previas a la consumación de otro delito. El *Model Penal Code* podría decirse que se inscribe en cierto modo en esta dirección en la medida en que incluye entre los que denomina expresamente *inchoate crimes* (art. 5), además de las tres figuras clásicas de *attempt*, *solicitation* y *conspiracy*, y si bien es verdad que en calidad de delito leve (*misdemeanor*), algún otro supuesto como el de posesión de “instrumentos” para la comisión de acciones delictivas (art. 5.06)<sup>75</sup>. Otras veces parecen utilizarse los términos *inchoate* y *preparatory offences* como sinónimos<sup>76</sup>. De hecho, los propios autores que hablan de forma separada de delitos no desarrollados (o *inchoate*) y preparatorios manejan a la vez un concepto de preparación mucho más holgado, que en rigor viene a cuestionar la repetida división categorial, desde el momento en

---

una comunicación previa con el mismo en al menos dos ocasiones, a fin de cometer un delito sexual) que, de acuerdo con lo apuntado, se suele considerar otro ejemplo típico de “*preparatory or pre-inchoate offence*”.

<sup>72</sup> ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, pp. 111 s.

<sup>73</sup> Resulta ilustrativo a este respecto, de nuevo, el delito de preparación de actos terroristas, que se conmina con la pena de prisión perpetua (art. 5.3 *Terrorism Act* 2006)

<sup>74</sup> Cfr. FERZAN, *San Diego L. Rev.*, (48), 2011, pp. 1273 ss.; o LEADER-ELLIOT, *Crim. Law Journal*, (35), 2011, pp. 80 ss., quien alude en esta línea a “*inchoate crimes of mere preparation*”.

<sup>75</sup> DUBBER, *An introduction to the Model Penal Code*, 2ª ed., 2015, p. 19, afirma que de esta forma el *Model Penal Code* regula conjuntamente los *inchoate* y los “*quasi-inchoate*” crimes.

<sup>76</sup> Cfr. por ejemplo LOEWY, *Criminal Law in a nutshell*, 5ª ed., 2009, pp. 240 ss., quien en el marco de la “*inchoate criminality*” incluye, además de la tentativa, el análisis de “otros delitos preparatorios”.

que a la hora de definir los *inchoate offences* y justificar su incriminación – pese a que los diferencian, insisto, de los delitos preparatorios como si se tratasen de categorías autónomas– se remiten genéricamente a la idea de la preparación delictiva<sup>77</sup>.

El concepto de preparación delictiva, lo que se quiere decir en el ámbito angloamericano cuando se usa tal expresión o la de actos preparatorios, no resulta, pues, con carácter general preciso. Y en este marco, el mantenimiento de una categoría distinta a la de los *inchoate offences* –que según hemos visto incluye, junto a la tentativa, figuras como la conspiración o formas de incitación al delito (que al menos desde nuestra perspectiva caerían claramente en la órbita de la preparación)– y el hecho de que se le asigne a aquélla la denominación de “delitos preparatorios” no contribuye a mi juicio a mejorar las cosas. Particularmente, porque de este modo se transmite la impresión de que cada uno de esos dos grupos de supuestos representa un nivel de gravedad diverso, en función de la mayor o menor cercanía de los comportamientos que los integran con la “producción del daño”, o con la consumación del delito principal, y esto es algo que, en los términos explicados, no se ajusta –al menos completamente– a la realidad. Sin perjuicio de lo anterior, sí que cabe reconocerle a la categoría de los *preparatory/pre-inchoate offences* la virtud de llamar la atención sobre la existencia de un radio significativo de figuras delictivas específicas que tipifican conductas preparatorias más allá de las que tradicionalmente se castigan, en relación con la generalidad de los delitos, a través de los denominados *inchoate offences*.

#### d) Peligro mediato (¡pero no nulo!)

En fases tan preliminares del *iter criminis* –hablamos, como se ha destacado ya, de comportamientos que en términos materiales son en todo caso pre-ejecutivos– es evidente la lejanía respecto de la lesión al bien jurídico (del delito principal, que se erige también en el objeto de tutela del tipo preparatorio). Vistas así las cosas, la preparación delictiva implica siempre un peligro remoto o de intensidad débil<sup>78</sup>; y en esa medida cabe afirmar que estamos ante *tipos de peligro*, y en particular, según se suele precisar, de peligro abstracto<sup>79</sup>. En este punto debe resaltarse, no obstante, una peculiaridad que resulta inherente a los actos preparatorios: conllevan un *peligro*

<sup>77</sup> ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, p. 97, por ejemplo, señalan en referencia a los *general inchoate offences* del derecho inglés que cada uno de ellos criminaliza conductas “en una diferente etapa de preparación”. Véase también ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., 2013, p. 485, subrayando que la función general de los *inchoate crimes* es castigar “la preparación, planificación o promoción” de un *substantive offence*; o ASHWORTH, en DEIGH/DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2011, p. 142, incluyendo a la tentativa en el marco genérico de los actos preparatorios.

<sup>78</sup> Los actos preparatorios del delito “no constituyen aún un peligro objetivo de lesión inmediata del bien jurídico por su lejanía con respecto a la consumación”, lo que supone “todavía muchas posibilidades de que el autor dé marcha atrás en el camino iniciado hacia el delito, bien por una reflexión interna, bien por las dificultades externas que puede encontrar” (FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito*, 2011, p. 255).

<sup>79</sup> Véase ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, p. 564; SIEBER, en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, p. 278; PUSCHKE, *InDret*, (4), 2010, pp. 5 s.; PETZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht -Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 74 ss., y nota 34, con ulteriores referencias; FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 33-34; CANO PAÑOS, «La contaminación preventivo-policial del Derecho penal. A propósito de la Ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009», *CPC*, (102-3), 2010, p. 160; TOMÁS-VALIENTE, «Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., 2015, p. 884. Cfr. también SCHROEDER, *RDPC*, (14), 2004, pp. 159-160, calificando los delitos de intención –entre los que incluye los de preparación– como de peligro abstracto.

*de carácter mediato*, en el sentido de que la conducta no es capaz por sí misma de dañar el bien jurídico sino que requiere siempre de una actuación ulterior – de un “paso intermedio”<sup>80</sup> –, ya sea del propio autor o de un tercero<sup>81</sup>. Este segundo comportamiento, a cuya facilitación se orienta el tipo preparatorio, será el que realice el tipo del delito principal y el que con carácter general conducirá, aquí sí, *directamente* a la lesión o puesta en peligro (inmediato) del bien jurídico.

En el caso, por ejemplo, de un provocador que lanza su consigna “como semilla a voleo” sobre la multitud – por utilizar los gráficos términos de ANTÓN ONECA para describir la provocación<sup>82</sup> –, será necesario todavía que aquélla germine en algún integrante del grupo, de manera que termine llevando a cabo, por ejemplo, el homicidio al que ha sido llamado, a fin de que pueda hablarse de lesión para el bien jurídico vida. Y algo similar sucede, por citar alguno de los supuestos que tipifican actos preparatorios en la Parte Especial, en el delito de fabricación o posesión de programas informáticos destinados a la realización de estafas informáticas (art. 248.2.b CP) o en el de tenencia de útiles para cometer falsedades (art. 400 CP): sólo cuando se produzca el comportamiento típico de la estafa informática propiamente dicha (art. 248.2.a o b CP) o de la correspondiente falsedad – que son en tales casos los delitos principales o de referencia – cabrá hablar de una *afectación inmediata* (en el sentido de no necesitada de una actuación ulterior) a los bienes jurídicos patrimonio o seguridad del tráfico jurídico, respectivamente. La conducta descrita en el delito de conducción bajo la influencia del alcohol (art. 379.2 CP), por el contrario, puede llevar ya directamente a la lesión del bien jurídico que se quiere evitar sin necesidad de ninguna acción típica adicional. Aquí, del modo en que lo explica JAKOBS, “la conducta peligrosa ha sido completamente realizada. No se trata de la posibilitación dolosa o imprudente de un delito futuro; más bien resulta irrelevante en qué contexto de planificación se encuentra la conducta para el autor o para un partícipe, está en todo caso concluida porque no ha de venir más tarde ninguna conducta plenamente delictiva”<sup>83</sup>.

Se ha señalado que esa naturaleza *mediata* del peligro característica de los tipos preparatorios constituye un aspecto que los diferencia conceptualmente de los delitos de peligro abstracto<sup>84</sup>. Esta afirmación sólo resulta exacta si se restringe esta última categoría de ilícitos a los comportamientos típicos que implican un peligro inmediato, esto es, que en el sentido ya indicado resultan peligrosos *per se* y no requieren por tanto de ninguna actividad típica añadida a efectos de que se pueda derivar la lesión del bien jurídico, tal y como ocurre en el ejemplo citado del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Por otra parte, cabe identificar también como matiz que singulariza a los actos preparatorios en el marco de los delitos de peligro abstracto el elemento subjetivo trascendente – referido a la consumación del delito principal – que, según hemos visto, es consustancial al concepto de preparación delictiva. Sin embargo, desde la perspectiva de la caracterización más común de los delitos de peligro abstracto – o, si se quiere, desde la perspectiva

<sup>80</sup> SIEBER, en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, p. 268; PUSCHKE, *InDret*, (4), 2010, p. 6.

<sup>81</sup> Véase por todos FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 63 ss. SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, 2011, p. 79, denominan a los delitos que se caracterizan por tal circunstancia, como los preparatorios o los de posesión, “*prophylactic crimes*”; y DUFF, «Criminalizing Endangerment», *Louisiana L. Rev.*, (65), 2005, pp. 963 ss., habla de *peligro indirecto*.

<sup>82</sup> ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., 1986, p. 439.

<sup>83</sup> JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 309.

<sup>84</sup> Véase, entre otros, MITSCH, «Vorbereitung und Strafrecht», *Juristische Ausbildung*, (7), 2013, p. 697. Cfr. también, KUHLEN, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito» (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 228, 231.

de los supuestos en los que se ha centrado tradicionalmente la doctrina en este contexto —, la intención del autor no ha de abarcar la lesión del bien jurídico<sup>85</sup>.

Sin perjuicio de las anteriores precisiones y bien entendido que los delitos de peligro abstracto no constituyen una categoría conceptual cuyos márgenes aparezcan delimitados con absoluta nitidez, creo que resulta posible afirmar que, desde el punto de vista del grado de afectación al bien jurídico —que es el criterio del que parte con carácter general la clasificación entre delitos de lesión y de peligro concreto y abstracto<sup>86</sup>— y en atención, particularmente, a la lejanía de las conductas típicas respecto de la lesión<sup>87</sup>, *los tipos preparatorios son de peligro abstracto*<sup>88</sup>.

De cualquier modo, al margen ahora de la discusión relativa a su categorización dogmática, lo que interesa subrayar es que la distancia con la lesión al bien jurídico y la escasa peligrosidad en general que, de acuerdo con lo explicado, define las conductas de preparación delictiva obliga a ser particularmente cautelosos a la hora de ponderar la legitimidad de su incriminación y a exigir en cualquier caso un mínimo contenido material, de ofensividad, en los tipos tanto en el plano de su configuración legal cuanto en el interpretativo y en el de su aplicación jurisprudencial. Es decir, hablamos de conductas que comportan un peligro abstracto y mediato para el bien jurídico del delito principal *pero no nulo* o meramente presunto; de manera que el castigo penal habría de limitarse a aquellas actuaciones preparatorias que en el caso concreto resulten peligrosas *ex ante*<sup>89</sup> y que, más específicamente, impliquen un aumento significativo de las probabilidades de que se lleve a cabo el delito preparado<sup>90</sup>. Tales consideraciones, que a primera vista podrían parecer innecesarias —si se parte, como aquí se hace, de la premisa general de que el principio de

<sup>85</sup> Cfr., poniendo de manifiesto esta divergencia en el plano subjetivo entre los delitos de peligro abstracto y el tipo de la tentativa, ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 228 s.: “en los delitos de peligro abstracto la acción del autor no va dirigida voluntariamente a la lesión de dichos bienes jurídicos individuales”, y así, “para realizar el tipo del 379 basta ponerse a conducir un vehículo en estado de ebriedad, sin que sea precisa la concurrencia de un dolo dirigido a lesionar la integridad física o la vida de otras personas (...). En cambio, característica definitoria de la tentativa es la presencia de un dolo, siquiera eventual, dirigido directamente a la lesión del bien jurídico”; o asimismo SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 50, destacando esa misma asimetría subjetiva entre los delitos de tentativa y los de peligro.

<sup>86</sup> Sobre el debate, perteneciente a un plano de análisis más amplio —y en el que aquí no se puede entrar—, sobre si dicho parámetro basado en la incidencia en un bien jurídico y la correlativa diferenciación clásica a la que se hace referencia en el texto (entre delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto) resultan hoy por hoy válidos, o suficientes, para explicar el Derecho positivo vigente, véase KUHLEN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 225 ss.

<sup>87</sup> “(E)n los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*” (MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 239). Véase en sentido similar, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, p. 161.

<sup>88</sup> En los términos en que lo expone PUSCHKE, *InDret*, (4), 2010, p. 6, se trataría de delitos de peligro abstracto en los que lo decisivo es “la intención de tener el dominio sobre una lesión a un bien jurídico que se produciría en un momento posterior y que ya se puso en marcha en un primer nivel” (“‘intencionalización’ [subjetivización] del contexto de peligrosidad”), mientras que en el otro extremo del espectro de los delitos de peligro abstracto se hallarían los tipos que “castigan una actuación arriesgada sobre la que no es posible ejercer un control” (“delitos que tienen por objeto el control de la casualidad”), como sucede en el ejemplo típico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

<sup>89</sup> En la línea en que amplios sectores de la doctrina interpretan el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto —concebidos desde este prisma como “delitos de peligrosidad” — (véase sobre ello, RODRÍGUEZ MONTANÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 293 ss.).

<sup>90</sup> Véase asimismo lo apuntado *infra* 2.3.c.



ofensividad alcanza a todos los tipos penales — resultan sin embargo especialmente pertinentes a la vista de la práctica legislativa y jurisprudencial que, como comprobaremos, rodea a los tipos preparatorios (principalmente a los regulados en la Parte Especial).

Algunos autores rechazan que fuera de los actos ejecutivos pueda hablarse de cualquier clase de peligro para el bien jurídico y sobre esa base concluyen que el castigo de los actos preparatorios atenta en todo caso contra el principio de ofensividad y que aquéllos constituyen por tanto una forma de anticipación ilegítima de la tutela penal<sup>91</sup>. Al respecto, y sin que ello suponga adelantar por mi parte un juicio general a favor o en contra de la legitimidad del castigo de los actos preparatorios, me gustaría destacar en este momento lo siguiente: a) el carácter mediato del peligro para el bien jurídico no puede servir como argumento que invalide, por sí solo y en términos generales, la incriminación de estas conductas; de lo contrario, habría de hacerlo igualmente en relación con la tentativa inacabada, pues asimismo en tales supuestos, y aun cuando se trate aquí de actos ejecutivos, se deriva un peligro para el bien jurídico no directo, que necesitará siempre de alguna actuación posterior para que pueda llegar a producirse la lesión<sup>92</sup>; b) la ejecución en sí misma — cuya línea divisoria con la preparación, por otra parte, resulta como es sabido tan difícil de dibujar — no implica ya necesariamente un nivel elevado de ofensividad material: piénsese en las cada vez más frecuentes figuras delictivas que integran nuestra legislación penal en las que ni el inicio de la ejecución del tipo ni en realidad tampoco su completa realización garantiza un contenido de injusto — desde la perspectiva al menos de la ofensa a un bien jurídico — mínimamente consistente; c) por último, no se puede obviar que la realidad de nuestro Derecho positivo actual nos enfrenta a un número nada desdeñable de tipos penales de naturaleza preparatoria; lo cual, si bien no constituye desde luego una razón que, de *lege ferenda*, abogue por sí misma a favor o en contra de la existencia de tal clase de delitos, sí que aconseja, antes de pronunciarse sobre una deslegitimación en bloque de lo que parece representar un sector relevante de nuestro ordenamiento penal vigente, un análisis que permita delimitar con precisión su verdadero radio de extensión y, a partir de ahí, explorar si son viables criterios interpretativos que ajusten los tipos, siquiera sea en algunos supuestos, al umbral mínimo de ofensividad exigible o si bien efectivamente se debe hablar en todo caso de un ámbito ilegítimo de anticipación de la tutela penal.

<sup>91</sup> Por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, (28), 1992, pp. 28, 34; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999, p. 283, en alusión a los que denomina “actos preparatorios en sentido estricto” y bien entendido que la clase de “actos preparatorios” que en su opinión no conculcaría el principio de lesividad está constituida por conductas que entrañan un peligro en sí mismas, desvinculadas valorativamente del delito principal, y que en esa medida — al menos desde el punto de vista que aquí se mantiene — carecerían propiamente de naturaleza preparatoria; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 53 s., 61 s.; EL MISMO, *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 7, 12. Desde una perspectiva opuesta, JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 295, considera que partir del principio de protección de bienes jurídicos para determinar el margen de punibilidad autoriza la intervención penal sin límites y castigar “incluso los pensamientos peligrosos de los autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen esos pensamientos peligrosos”. Pese a lo anterior este autor, desde cuya concepción como es sabido el Derecho penal se orienta al mantenimiento y confirmación de la vigencia de la norma y no a la tutela de bienes jurídicos, acaba negando igualmente cualquier espacio de legitimidad a la punición de los actos preparatorios en cuanto tales (o en su “cualidad de actos preparatorios”), por entender que ello invade la esfera interna del ciudadano (entendida ésta en un sentido que abarca “el entero ámbito privado” y no sólo los pensamientos), lo que equivale a tratarlo como enemigo (pp. 293 ss.).

<sup>92</sup> Cfr., no obstante, el planteamiento de FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, p. 11 s.; EL MISMO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 68, 204, que por un lado fundamenta la ausencia de ofensividad de las conductas preparatorias apoyándose en el carácter mediato o indirecto del peligro que generan, pero a la vez parece asociar esta nota (la falta de inmediatez o de capacidad para poner directamente en peligro el bien jurídico) a la naturaleza “materialmente no-ejecutiva” de los comportamientos, lo que en teoría dejaría fuera del ámbito de la peligrosidad mediata — y con ello también, de acuerdo con el razonamiento de dicho autor, de la punición ilegítima — a la tentativa inacabada, siendo que en tales supuestos — insisto —, pese a tratarse de acciones ya ejecutivas, será precisa igualmente en todo caso una actividad añadida para que tenga lugar la lesión del bien jurídico.

De todo lo dicho hasta este momento se sigue que se parte aquí de una fundamentación objetiva del castigo de los actos preparatorios. Su justificación se basa por tanto en el peligro que tales conductas representan para el bien jurídico —del delito-fin— y no en la mera exteriorización de la voluntad dirigida a la lesión de dicho bien jurídico (teorías subjetivas) o en la conmoción que esa manifestación de la voluntad delictiva pueda causar en la colectividad (teorías de la impresión)<sup>93</sup>. Tal planteamiento, al margen de la conclusión sobre esta cuestión a la que pueda llevar el examen del Derecho positivo —es decir, al margen de cuál sea la fundamentación de las figuras preparatorias que se derive desde una perspectiva de *lege lata*—, es a mi juicio el que resulta más respetuoso con el principio de prohibición de exceso, cuya observancia impone nuestro marco político-constitucional. Sin perjuicio de que más adelante se vuelva sobre este extremo, conviene ahora realizar algunas precisiones más sobre la naturaleza de estos tipos penales, pues ello permitirá avanzar en la delimitación conceptual de la preparación delictiva y, sobre esa base, en la determinación del ámbito de vigencia de los delitos preparatorios en nuestro ordenamiento.

## 2.2. ¿Delitos de preparación vs. formas de participación intentadas?

Hasta aquí hemos visto que los delitos de preparación, en tanto que figuras que elevan actos preparatorios a la categoría de tipos de la Parte Especial, se componen de conductas dependientes de otro delito cuyo bien jurídico les sirve de referente valorativo, que deben estar acompañadas además de un elemento subjetivo que abarque la consumación del delito principal y que son siempre pre-ejecutivas —actuando nuevamente de referencia a esos efectos el delito principal—, de modo que se trata en todo caso de delitos de peligro, y en particular de peligro abstracto y mediato. Pues bien, todo lo anterior no impide que a la vez se pueda afirmar — con las consiguientes consecuencias interpretativas que de ahí se podrán derivar — que algunos de dichos supuestos son desde un punto de vista estructural *tentativas de participación*. Ejemplo: las diversas hipótesis de *provocaciones débiles* tipificadas en el Libro II del Código penal (como el enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP o el nuevo tipo del art. 557.2 CP introducido por la reforma de 2015 en el marco de los delitos de desórdenes públicos), que cabe considerar, en efecto, *tentativas de complicidad psíquica* en la medida en que se entienda que tales tipos delictivos integran comportamientos dirigidos a *reforzar* la disposición de otras personas a cometer un delito y que no requieren que a dicha acción de apoyo moral le siga la efectiva realización del delito principal (de terrorismo o de desórdenes públicos, en los dos ejemplos aludidos) o ni siquiera el inicio de su ejecución. A partir de aquí se podrá exigir, de entrada, que tales conductas sólo se castiguen si, de haber existido principio de ejecución del delito-fin, hubiera sido posible sancionarlas como participación (complicidad) en el mismo<sup>94</sup>.

Sin ánimo de reproducir la polémica sin fin que se ha desarrollado en torno a este tema en el contexto de la discusión sobre la naturaleza de la conspiración, la proposición y la provocación<sup>95</sup>, lo que se quiere subrayar en este momento es que: a) dicho debate resulta en parte trasladable al ámbito de los *delitos* de preparación, en concreto al de los tipos de preparación referidos al ilícito

<sup>93</sup> Véase MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, pp. 347 ss., destacando que las teorías objetivas son doctrina mayoritaria en nuestro país.

<sup>94</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, pp. 116 s., en referencia a los delitos de pertenencia a una organización criminal.

<sup>95</sup> Véase por todos BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 31 ss.

principal de un tercero (preparación de hecho ajeno), es decir, a las hipótesis en que no está prevista la intervención del sujeto preparador en calidad de autor material o en sentido estricto; y que b) a este respecto se suscribe aquí la línea de pensamiento mantenida por la doctrina mayoritaria – a propósito de las figuras reguladas en los arts. 17 y 18 CP y que entiendo generalizable al conjunto de los tipos preparatorios (de hecho ajeno), tanto a los definidos en el Libro I como en el Libro II del Código penal – en el sentido de atribuir una suerte de naturaleza híbrida a estos supuestos o, más exactamente, de otorgarles la consideración de actos preparatorios pero reconociendo al mismo tiempo que ello no es obstáculo para que en los términos que destaca ROXIN – en alusión a las figuras del § 30 StGB – les resulten aplicables “importantes consideraciones jurídicas de ambas materias (la tentativa y la participación), al menos conforme a su sentido”<sup>96</sup>.

La distinción que se ha mantenido en la doctrina entre preparación de hecho propio y preparación de hecho ajeno<sup>97</sup> resulta útil por tanto, además de para describir las diversas clases de comportamientos preparatorios que son objeto de sanción penal, en orden a delimitar el grupo de supuestos (los de preparación de hecho ajeno) que cabe considerar en los términos acabados de señalar –sin perjuicio de su naturaleza preparatoria – tentativas de participación.

Pertenecen a esta categoría de ilícitos, junto con las apologías específicas ya aludidas más arriba, y por citar algún otro ejemplo, la acción de facilitar a terceros un programa informático para que lleven a cabo el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 o 2 o el del art. 197 bis CP, supuesto que cumplimentaría el tipo del art. 197 ter CP y que desde el prisma referido cabría considerar una *tentativa de cooperación*. En el marco de los actos preparatorios regulados en los arts. 17 y 18 CP obtendría también la

<sup>96</sup> ROXIN, *PG II*, 2014, p. 382. Véase en una dirección similar, a propósito de la regulación española, y entre otros, BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 86 s.; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, p. 30. Cfr. también, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 720, definiendo las conductas de los artículos 17 y 18 como “cierta clase de actos preparatorios que pudieran genéricamente ser caracterizados como intentos de coautoría o participación futura”; y MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, p. 313, que se refiere a ellas como figuras que se encuentran “a caballo entre la teoría del *iter criminis* y la de la participación delictiva”; o considerándolas actos preparatorios pero a la vez poniendo de relieve su estrecha vinculación con las formas de participación, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, (21-2), 1968, pp. 278 s.; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en Derecho español*, 1986, pp. 212 s.; MIRA BENAVENT, «¿Ha despenalizado el Código penal de 1995 la inducción frustrada?», *EPC*, (22), 2000, pp. 114 ss.; en referencia a los comportamientos tipificados en el § 30 StGB, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 702; y PETZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 71 s. Véase asimismo GÓMEZ RIVERO, «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *La Ley*, (1), 1996, p. 1624 y nota 3, que habla en general de formas de participación intentada si bien sin renunciar por ello a la denominación de actos preparatorios (de las formas de autoría y participación) y afirmando que son “momentos previos a la realización siquiera sea intentada del hecho principal, cuya sustantividad se mantiene precisamente en tanto se desenvuelvan en una fase anterior a la ejecución de aquél (...), (p)uesto que de lo contrario darían paso a las conductas de autoría y participación”. Cfr. también, LA MISMA, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 282 ss.

<sup>97</sup> Véase FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 133, con ulteriores referencias. No se comparte la matización que introduce este autor en dicha diferenciación, consistente en desvincularla del criterio del “autor de la actividad delictiva” en el supuesto concreto en el que “se obtiene el instrumento-ejecutivo necesario para la satisfacción del plan delictivo”, de tal modo que si “A encarga a B que mate a X” estaríamos, desde tal punto de vista, ante una “preparación de hecho propio” (pp. 134, 201 s.). En tal caso, como es sabido, de llevarse a cabo el delito-fin por parte del autor, se castigaría al incitador como *participe* (inductor); de ahí que no resulte apropiado considerarlo en la etapa previa –o en referencia a las hipótesis en que el delito principal no llegue a ejecutarse – como preparador de un hecho “propio”.

calificación de preparación de hecho ajeno la proposición como invitación a la autoría (que equivaldría a una *tentativa de inducción*) o la provocación (que sería una especie de *tentativa de inducción masiva*<sup>98</sup>).

Por el contrario, constituiría un delito preparatorio de hecho propio, en tanto a través del mismo el sujeto facilitaría su ulterior intervención como autor material en el delito-fin, la producción o adquisición del programa informático al que se refiere el art. 197 ter CP con la intención de cometer por parte del propio agente alguno de los ya citados delitos contra la intimidad, o bien la conducta de contactar con un menor de dieciséis años a través de medios telemáticos y concertar un encuentro al objeto de mantener un relación sexual con él (art. 183 ter.1 CP). En estos casos, de iniciarse la ejecución o de llevarse a cabo completamente la conducta principal, al preparador se le castigaría como autor material (del correspondiente delito intentado o consumado), de modo que no tendría sentido hablar de la fase previa como una tentativa de participación. Esto último sucede tanto cuando el sujeto (preparador) pretende realizar el hecho principal como autor único como cuando se trata de la preparación de un delito en el que el sujeto tiene proyectado intervenir como coautor —tomando como ejemplo, de nuevo, el tipo del art. 197 ter CP, si el programa informático se posee con la finalidad de efectuar, conjuntamente con otra persona, el delito contra la intimidad; o en general en los casos de invitación a la coautoría, como modalidad de proposición del art. 17 CP, o de concierto de voluntades para la coautoría (conspiración)—. Igual que en el primer caso se trata de la incriminación de formas previas de la autoría (única), en los segundos —los que son preparación de un hecho posterior que se planea realizar en coautoría— se debe hablar mejor de *coautoría anticipada* o de *formas previas de la coautoría* —y no de participación intentada o de formas imperfectas de participación<sup>99</sup>—. Esto sentado, y en la línea de lo que se indicaba más arriba, afirmar la naturaleza preparatoria de estos últimos supuestos tampoco ha de ser óbice para que pueda plantearse la aplicación a algunos de ellos de principios relativos a la coautoría<sup>100</sup>.

La diferenciación entre preparación de hecho propio o ajeno, a la que no cabe negarle las funciones descriptiva y delimitadora ya apuntadas, no debe llevarse sin embargo más lejos e impedir considerar que todas estas figuras delictivas, al margen de si están dirigidas a preparar un delito propio o el de un tercero —y de que en esa medida admitan o no ser calificadas como tentativas de participación—, tienen naturaleza preparatoria.

Conforme a ello, no me parece adecuada la correlativa dicotomía que a partir de esta distinción —entre preparación de hecho propio y de hecho ajeno— ha derivado FUENTES OSORIO enfrentando a modo de categorías de ilícitos de naturalezas diversas y aparentemente excluyentes entre sí los *delitos preparatorios* de un lado y los *delitos de tentativa de participación* de otro<sup>101</sup>. Como el propio autor reconoce<sup>102</sup>, frecuentemente las descripciones típicas acogen de manera unitaria e indistinta ambas modalidades de comportamientos<sup>103</sup>, lo que a mi juicio constituye ya un indicio de peso de que articular una separación semejante entre ellos resulta artificioso. Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, como igualmente pone de manifiesto el

<sup>98</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 156.

<sup>99</sup> Cfr., no obstante, estimando genéricamente que son formas de participación intentada el conjunto de las figuras reguladas en los arts. 17 y 18 CP, incluidas la conspiración o la proposición como invitación a la coautoría, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pp. 479-480; GÓMEZ RIVERO, *La Ley*, 1996, pp. 1624 ss.; o LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 480 ss.

<sup>100</sup> Véase, en referencia a la conspiración regulada en el § 30 StGB, ROXIN, PG II, 2014, p. 382.

<sup>101</sup> FUENTES OSORIO, REPC, (08-08), 2006, pp. 11 ss., 15.

<sup>102</sup> FUENTES OSORIO, REPC, (08-08), 2006, p. 15.

<sup>103</sup> En ocasiones, regulándose genéricamente acciones preparatorias, sin entrar a especificar si se trata de preparación de hecho propio o ajeno, pero de forma que ambos casos adquieren cabida en el tipo (por ejemplo, en el art. 386.2 CP, en el que se pena la “tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación”, o, en sentido similar, en el art. 400 CP), y otras veces aludiéndose de modo más explícito a las dos posibilidades (como en el ejemplo citado previamente en el texto: el art. 197 ter CP se refiere a la vez al que “adquiera para su uso” y al que “facilite a terceros” —un programa informático concebido o adaptado para cometer un delito contra la intimidad—; y en los mismos términos se expresa el art. 264 ter CP).

citado autor, en fases tan tempranas del proceso delictivo pueda resultar muy difícil determinar si estamos ante uno u otro tipo de supuestos<sup>104</sup>. Por último, el hecho de que el propio FUENTES, pese a partir — formalmente— de dicha categorización conceptual, trate en todo caso de manera conjunta las dos clases de delitos y de que no derive consecuencias prácticas significativas de dicha distinción<sup>105</sup> creo que permite cuestionar asimismo su oportunidad. Evitar la dualidad entre delitos de preparación y delitos de tentativa de participación, o matizarla en el sentido explicado (los delitos de tentativa de participación son *también* preparatorios), no constituye, por tanto, una “reducción del problema” (de la anticipación por la vía del *iter criminis*)<sup>106</sup> sino más bien, según creo, una clarificación del mismo.

En suma: todos estos supuestos, con independencia de si constituyen tipos de preparación de hecho propio o de hecho ajeno — o, si se quiere, de si contemplan fases anteriores a la autoría o a la participación—, cabe afirmar que son actos preparatorios y que, en esa medida, comparten el conjunto de notas definitorias de estas conductas que han sido especificadas más arriba y también una serie de problemas que resultan inherentes a tales caracteres, lo que exigirá que con carácter general, y sin perjuicio de las matizaciones apuntadas, se haya de acudir a principios interpretativos y criterios de solución asimismo unísonos.

### 2.3. Delitos de preparación *vs.* delitos autónomos

Más relevante, tanto a efectos de la acotación del concepto general de delito preparatorio cuanto en lo que se refiere al plano interpretativo-aplicativo de los tipos concretos, resulta subrayar la frontera entre delitos de preparación y delitos autónomos.

Como se ha indicado en páginas precedentes, existen infracciones que de forma más o menos habitual ayudan o constituyen el paso previo a la comisión de otros delitos y que pese a ello su punición no se justifica por la puesta en peligro del bien jurídico del delito que resulta facilitado por aquéllas sino que poseen un injusto propio. Piénsese en los ejemplos más arriba señalados de tenencia ilícita de armas (arts. 563 y 564 CP) o de trata de seres humanos (art. 177 bis CP). Ambas figuras delictivas, según quedó dicho, se conforman como delitos contra la seguridad o el orden público y contra la libertad y dignidad humanas respectivamente, de modo que no se puede decir que se trate de tipos dependientes en términos valorativos respecto de otros (los eventuales delitos contra la salud o contra la vida que la tenencia ilícita del arma pudiera favorecer o los de carácter sexual, entre otros posibles, que guíen la conducta de trata), ni que en consecuencia cobren sentido por referencia a esos otros delitos, tal y como hemos visto que sí sucede en los delitos preparatorios<sup>107</sup>. Todo lo anterior tiene una evidente trascendencia interpretativa, pues la exégesis de los tipos ha de estar presidida lógicamente por el propio objeto de tutela de cada uno de ellos: el contenido de injusto de los delitos de los arts. 563 y 564 CP se deberá entender en términos de afectación inmediata al orden público como bien jurídico en sí mismo y no tanto de peligro para la vida o para la salud, y en el caso del art. 177 bis CP como una lesión a la libertad y a la dignidad y no como una puesta en peligro de la libertad sexual. A partir de ahí, por citar otra de las implicaciones más notables de la naturaleza independiente del delito, se derivarán asimismo (obvias) consecuencias en materia concursal: si el sujeto, además de poseer ilegalmente el arma,

<sup>104</sup> FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, p. 15.

<sup>105</sup> FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 15 ss.

<sup>106</sup> De esta opinión, FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, p. 33.

<sup>107</sup> Véase *supra* 2.1.a.

matara o lesionara a alguien – o lo intentara o incluso conspirara para ello – es claro que habría de ser castigado por un concurso de delitos de homicidio o lesiones – consumadas, o en grado de tentativa o de conspiración<sup>108</sup> – y de tenencia ilícita de armas. Y algo similar sucede, en referencia al otro ejemplo citado, con la trata de seres humanos, que en todo caso debe castigarse, según declara explícitamente el art. 177 bis.9 CP, sin perjuicio de los “demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. En cambio, como es sabido, con carácter general<sup>109</sup> se entiende que en la medida en que se inicie la ejecución del delito-fin, el acto – y el delito – preparatorio queda desplazado por aquél en virtud de un concurso de normas, pues desde un punto de vista material tanto el delito principal intentado como consumado representan fases más avanzadas del *iter criminis* y por consiguiente formas de ataque más intensas al mismo bien jurídico que se deben estimar de manera prevalente<sup>110</sup>.

Con arreglo a lo dicho, no cabrá hablar de tipos de preparación – al menos en sentido estricto – en todos aquellos supuestos que, pese a presentar una conexión más o menos estrecha con un ilícito ulterior, tienen un injusto independiente y que, precisamente por ello, cabe denominar delitos autónomos<sup>111</sup>. La separación conceptual entre delitos de preparación y autónomos es por lo tanto muy clara desde un punto de vista abstracto. A pesar de ello, en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial o no se tiene en cuenta o se refleja de manera muy oscura.

<sup>108</sup> Dado que la conspiración, al igual que la proposición y la provocación resultan punibles en relación con los delitos de homicidio y de lesiones en virtud de los arts. 141 y 151 CP respectivamente.

<sup>109</sup> Véase, no obstante, lo apuntado *infra* nota 154.

<sup>110</sup> Véase GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, 1995, pp. 353 ss., señalando que el concreto principio por el que corresponde resolver el concurso de normas en estos casos – en referencia tanto a las conductas preparatorias tipificadas en la Parte General como en la Parte Especial – es, según opinión ampliamente mayoritaria, el de subsidiariedad y poniendo asimismo de relieve que ello sólo rige en tanto que se trate de “actos preparatorios en sentido técnico” (“[l]a mera relación medio a fin, no constituye ‘per se’ ningún criterio para determinar la absorción del contenido de desvalor del delito medial en el final”).

<sup>111</sup> Un tipo se puede calificar como materialmente autónomo respecto de otro en atención a la naturaleza “cualitativamente diferenciada del contenido de injusto respectivo” (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 439). Véase asimismo, asociando el concepto de delito autónomo o independiente a la existencia de un injusto propio, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en Derecho español*, 1986, pp. 85- 86; o DÍAZ Y GARCÍA, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 303. Por otra parte, que los tipos preparatorios, por definición, no puedan considerarse autónomos no quiere decir, que, del mismo modo que sucede con la tentativa o con las formas de participación, no constituyan tipos distintos al principal o tipos en sí mismos, en los términos en que ya se precisó más arriba (véase *supra* 2.1.c.); lo que, como destaca MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 349, permitirá apreciar las circunstancias eximentes y modificativas en referencia al propio tipo preparatorio. A estos efectos, habla el citado autor de tipos distintos pero *accesorios* o *subordinados* a los principales, o asimismo de delitos *no autónomos*, entendiendo por tales los que “requieren siempre la presencia de un delito principal al que referirse”, cualidad que parece restringir a los tipos de la Parte General (MIR PUIG, *ADPCP*, [26-2], 1973, p. 362; cfr. también p. 374). No estoy de acuerdo con esta última apreciación de MIR PUIG. También los delitos de los arts. 183 ter.1 o 557.2 CP, por citar sólo aquí dos ejemplos, requieren siempre la referencia de un delito principal, del cual dependen, y en esa medida estimo que se les debe considerar dependientes o no autónomos, sin perjuicio de que estén regulados en la Parte Especial. Como se viene razonando en este trabajo, el carácter preparatorio de un tipo viene dado por la concurrencia de una serie de caracteres materiales – y entre ellos de manera muy señalada su estrecha dependencia respecto de otro tipo (principal) – que resultan independientes de la cuestión de si aquél está definido en la Parte General o en la Parte Especial.

a) Actos preparatorios elevados a la categoría de delitos ¿autónomos? Las confusas clasificaciones de los delitos preparatorios

De entrada resulta bastante común en este contexto hablar genéricamente de *actos preparatorios* elevados a la categoría de *delitos autónomos* o *independientes* sin mayor matización al respecto. A la vista de la incompatibilidad que existe entre el carácter preparatorio y autónomo de los tipos – se trata en rigor, como hemos visto, de cualidades recíprocamente excluyentes – y de las diferentes consecuencias de índole concursal e interpretativa en general que en función de si estamos ante uno u otro caso cabe derivar, creo que sería conveniente precisar en qué sentido se utiliza la denominación *delito autónomo* en este ámbito. Porque si se hace con el significado material antes indicado, lo que en realidad se estaría afirmando es que se trata de tipos con un injusto independiente<sup>112</sup>, y así las cosas hablar de actos preparatorios resulta, de acuerdo con lo explicado, inexacto y puede inducir a confusión. Si por el contrario, como entiendo que sucede mayoritariamente, lo que se quiere es solo llamar la atención sobre el hecho de que, tratándose de conductas que son materialmente preparatorias, se encuentran tipificadas en la Parte Especial<sup>113</sup>, entonces se debería advertir que se habla de delito autónomo en un sentido formal, o mejor, para evitar equívocos, decir que se trata de actos preparatorios que se elevan a la categoría de *delito* (sin más), o, si se quiere, que se definen en el Libro II del CP o en la Parte Especial, pero no que se tipifican como “delito autónomo”.

En otros casos se va más allá de la mera ambigüedad o del uso poco preciso de esta terminología: cuando se engloban simultáneamente bajo *un mismo título* o se les otorga idéntica consideración a

<sup>112</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas», en EL MISMO (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., 2016, p. 398, que parece inclinarse por concebir el injusto del delito del art. 248.2.b) CP – del que afirma que castiga “actos preparatorios elevados a la categoría de figura autónoma” – desvinculadamente de las concretas lesiones al patrimonio que pudieran ocasionar las eventuales estafas. Véase también PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 66 ss., que se refiere en estos casos a delitos de posesión *con significado de preparación*, si bien termina otorgándoles un injusto autónomo que identifica con la lesión de la seguridad normativa – fundamentación que considera extensible a todos los “actos preparatorios punibles” en general (p. 73, nota 122) –.

<sup>113</sup> En esta línea creo que cabe situar, aunque en realidad no explicitan a qué se refieren concretamente al hablar en este marco de delitos autónomos/independientes (esto es, si al hecho de que estén definidos en el Libro II del Código penal o a otra cosa), a COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, «Delitos contra la libertad y seguridad. Detenciones ilegales y sustracción de menores», en VIVES ANTÓN (coord.) *PE*, 3ª ed., 1990, p. 747, cuando respecto del ya derogado delito de acondicionamiento, construcción y tenencia de lugares con el propósito de cometer detenciones ilegales, y pese a que de manera inmediatamente anterior le habían otorgado la consideración de “delito autónomo”, afirmaban su “naturaleza material de actos preparatorios de la conducta” y negaban sobre esa base la posibilidad de apreciar formas imperfectas de aparición del delito. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, p. 312, que califica como “delitos independientes” hechos tipificados en la Parte Especial “que no son en realidad más que actos preparatorios de otros delitos”. Véase asimismo, expresándose en términos similares, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en Derecho español*, 1986, pp. 214 ss.; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, 1995, p. 355; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, pp. 19, 43 ss.; ALCÁCER GUIRAO, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 558; CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª ed., 2016, p. 749; GIL GIL, en GIL GIL et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2015, p. 325. Yo mismo he incurrido, en un trabajo previo, en la imprecisión ahora denunciada (ALONSO RIMO, «Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir [arts. 557.2 y 559 CP]», *EPC*, [35], 2015, pp. 364 ss.).

ilícitos de *ambas clases*<sup>114</sup>, ignorándose así sus diferencias materiales<sup>115</sup>; o se mantiene que una figura delictiva tiene un contenido de injusto autónomo y que a la vez es *materialmente* constitutiva de una preparación<sup>116</sup>; o bien, en fin, cuando, pese a partirse en este contexto de una dicotomía que parece atender en vía de principio a criterios materiales, las pautas generales que se señalan para delimitar uno y otro grupo de ilícitos y con ello para identificar las figuras delictivas concretas que pertenecen a cada uno revelan –de nuevo– interferencias conceptuales, y en cualquier caso resultan confusas, a veces incluso contradictorias.

En esta línea creo que es ilustrativa la exposición que hace MAURACH en las primeras ediciones de su manual de las diversas técnicas de punición de las conductas preparatorias que contiene el Código penal alemán. El citado autor habla a este respecto, además de “preparación conjunta de un delito como participación anticipada” – en referencia a los supuestos del § 30 StGB –, de la *extensión del tipo* a comportamientos preparatorios y de la *creación de tipos autónomos* (o tipificación de acciones preparatorias como un *delictum sui generis*)<sup>117</sup>. La delimitación que traza entre estas dos últimas soluciones, a partir de la descripción de la clase de supuestos que abarca cada una de ellas y de los ejemplos de figuras delictivas específicas que

<sup>114</sup> Véase BACIGALUPO, PG, 1994, p. 164, que llega a homologar el delito de tenencia de instrumentos para falsificar o la proposición y la conspiración, de un lado, y la conducta de dar muerte al “custodio de la cosa” con miras al apoderamiento de la misma, de otro, dando a entender que se trataría en todo caso de “delitos autónomos”, dado que no existirían actos preparatorios “en sí” que resulten punibles (véase, sobre la posición de dicho autor, lo indicado *supra* nota 56). Quizás incurren en una confusión similar CEREZO MIR, PG, III, *Teoría jurídica del delito*/2, 2001, p. 179; y BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 1 s., nota 1, cuando incluyen como ejemplos de actos preparatorios de la Parte Especial de modo simultáneo tipos delictivos que tienen efectivamente carácter preparatorio y otros como el de tenencia de armas prohibidas del art. 563 CP o el de depósito de sustancias o aparatos explosivos del art. 568 CP a los que desde su presente configuración legal resulta muy difícil no otorgarles un contenido de injusto autónomo.

<sup>115</sup> En los supuestos apuntados con anterioridad hemos visto que se utilizaba la nomenclatura de manera ambigua: se recurría simultáneamente a los términos “preparatorio” y “autónomo” para aludir a tipos que o bien eran preparatorios o bien autónomos, o asimismo se hablaba de preparación en referencia a figuras delictivas a las que en realidad el propio autor atribuía un injusto autónomo; si bien en cualquier caso se hacía alusión –insisto, por más que imprecisamente– a hipótesis que, contempladas desde una perspectiva material, pertenecían a una sola de esas dos categorías, y que por tanto todas ellas eran materialmente o bien delitos preparatorios o bien delitos autónomos. Por el contrario, estos otros autores agrupan de forma unitaria –o en expresión más gráfica: en el mismo “saco”– supuestos que, en atención a esa misma perspectiva material, tienen distinta naturaleza; esto es, que en unos casos son delitos preparatorios –cuyo objeto de tutela aparece íntimamente vinculado al del delito principal– y en otros autónomos –con un injusto propio–, lo que a mi juicio no implica ya solamente una confusión terminológica sino también conceptual.

<sup>116</sup> Tal es el caso de FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito*, 2011, pp. 604 ss. La citada autora, en efecto, al hilo de la cuestión relativa a si cabe la apreciación de la tentativa en relación con los delitos de tentativa y de preparación, considera que la división doctrinal entre delitos *sui generis* o autónomos y delitos en los que el legislador se limita a “ampliar la penalidad a acciones anteriores” debe contemplarse desde una perspectiva formal. No obstante afirmar esto último, caracteriza a los primeros por poseer un *contenido de injusto* distinto –con lo cual en realidad se aleja de un criterio de carácter meramente formal–; pero, sobre todo, lo que ahora interesa destacar es que a la vez mantiene que en tales supuestos se trata de “acciones que materialmente constituyen una tentativa o una preparación”. Sobre esa base, aun cuando deriva de lo dicho la directriz general de que en los “delitos autónomos”, y a diferencia de lo que sucede en la otra categoría de ilícitos, resulta admisible por regla general la tentativa, concluye que su punición puede no ser siempre adecuada pues “desde el punto de vista material la acción no ha perdido su carácter de tentativa o de preparación y, por consiguiente, un nuevo adelanto de la punición más allá de lo que el legislador ha previsto puede aparecer como innecesario”, y que por tanto se trata de una decisión que deberá tomarse “según las necesidades y las características concretas de cada supuesto” (p. 607). Conforme a lo que se viene exponiendo en el texto, y sin que corresponda entrar ahora en la cuestión de fondo a la que se refiere aquí FARRÉ TREPAT (si cabe o no la tentativa respecto de los delitos preparatorios): conceptualmente –según entiendo– no es posible decir que un delito tiene un contenido de injusto independiente y al mismo tiempo que es *desde un punto de vista material* preparatorio.

<sup>117</sup> MAURACH, PG II, 7ª ed. (trad. Bofill Genzsch), 1995, pp. 9 ss. Véase, en sentido similar, la edición segunda de esta obra (EL MISMO, *Tratado II*, 2ª ed. [trad. Córdoba Roda], 1962, pp. 169 ss.).



propone en ese sentido, no resulta, sin embargo, nítida en absoluto, y, sobre todo, no remite a ningún parámetro que determine un contenido de injusto independiente — más bien al contrario — en los casos que denomina “tipos autónomos”, a los que de entrada caracteriza de manera general como “actos preparatorios de determinados delitos especialmente peligrosos por el valor del bien jurídico atacado”<sup>118</sup>. A pesar de ello, dicho autor parece derivar con carácter general de esta distinción consecuencias desde el punto de vista concursal, y en concreto la conveniencia de aplicar un concurso de infracciones cuando se trata de conductas preparatorias recogidas en tipos autónomos, si a aquéllas le sigue la consumación del delito principal<sup>119</sup>; lo que permitiría concluir que se otorga a la diferenciación un sentido *material*.

GÖSSEL, en la última actualización del manual de MAURACH, aun cuando mantiene en términos casi idénticos la descripción de la taxonomía expuesta — con algún cambio de una a otra categoría de los delitos que cita como ejemplo —, se inclina por apreciar en estos casos un concurso de normas, manifestando así un cambio

<sup>118</sup> MAURACH, *PG*, II, 2ª ed. (trad. Córdoba Roda), 1962, p. 170 (se toma aquí la referencia literal de la segunda edición por entenderse que la traducción realizada por Córdoba Roda es, en lo que respecta a este punto concreto, más precisa). No es posible entrar aquí con mucho detalle en los términos en que se articula la citada clasificación, pero quizás sí conviene añadir, a efectos de justificar algo más la valoración que sobre ella he mostrado en el texto, que frente a estos casos (los tipos autónomos), en los que parece exigirse además como denominador común cierta concreción ya sea en lo que se refiere al delito planeado (que debe tratarse de un delito “no sólo típicamente determinado, sino también concretamente individualizado”) ya sea en relación con la acción típica preparatoria descrita por el legislador (“acciones preparatorias *determinadas*, típicamente delimitadas, de un delito determinado en cuanto a su género, pero no necesariamente concreto”), en las hipótesis que MAURACH considera causas de extensión de la tipicidad entiende que se castiga una suerte de preparación genérica — cualquiera que sea “su clase y extensión” — de un delito cuya víctima no se exige que esté todavía individualizada (MAURACH, *PG* II, 7ª ed., 1995, pp. 9 s.). JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 523 s. parten en este ámbito de una diferenciación muy similar (extensión no autónoma *vs.* delitos autónomos), que concretan en este caso caracterizando los primeros como “determinados tipos que requieren una intervención especialmente precoz, porque de lo contrario la pena no tendría ninguna eficacia” y los segundos como “actos preparatorios de típica fisonomía y elevada peligrosidad, sin que sea necesario que el autor tenga proyectado un delito completamente determinado”. Tales criterios entiendo que adolecen de parecidas dosis de oscuridad; y de ahí que resulte difícil dilucidar la razón en virtud de la cual algunos de los tipos delictivos que citan como ejemplo dichos autores pertenecen a un grupo y no a otro: ¿Por qué el delito de preparación de un ataque a aeronave o barco del § 316c IV StGB — que castiga a quien con ánimo de cometer un hecho semejante fabrique u obtenga armas de fuego o explosivos — cabe estimar que necesita, en mayor medida que otros, de una intervención particularmente temprana porque de otro modo la pena carecería de sentido? ¿Por qué no podría ese mismo ilícito — siendo así que en tal caso pasaría a integrar la categoría de tipos autónomos — considerarse un delito de “alta peligrosidad” y que no requiere además que el autor no tenga proyectado un delito totalmente determinado? ¿No cabría entender que cumple con tales condiciones al menos en igual medida que, por ejemplo, el delito de preparación de falsedades del § 149 StGB, que en este caso sí que constituye para JESCHECK/WEIGEND un tipo autónomo? Sin perjuicio de lo anterior, lo que ahora realmente interesa destacar es que esa falta de necesidad de concreción del delito proyectado como elemento que a juicio de tales autores define los tipos autónomos apunta justamente en la dirección contraria al criterio del que se sirve MAURACH para delimitar parte de los delitos pertenecientes a la esfera de supuestos que son mera extensión del tipo (no autónomos) a acciones preparatorias — según este autor, como decíamos y pese a que tal dato podría considerarse en principio un indicio de conexión de su injusto al del delito subsiguiente (principal), son justamente los tipos autónomos los que exigen cierto grado de *individualización* del delito preparado o que éste esté “concretamente individualizado” —; lo cual, según creo, habla por sí solo de la (dudosa) consistencia de las clasificaciones examinadas. En el planteamiento de JESCHECK/WEIGEND, de cualquier forma, y en tanto que no extraen repercusiones en otros ámbitos, da la impresión de que tal dicotomía obedece sobre todo a la idea de resolver el problema de si es posible la tentativa en relación con los tipos preparatorios. Sobre ello concluyen que la tentativa no es punible en los tipos “no autónomos” y sí en la *mayoría* de los “tipos autónomos”, de manera que la división no resulta después de todo definitiva a estos efectos. El castigo de la participación lo admiten en relación con ambos tipos de supuestos (autónomos y no autónomos) (JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 524).

<sup>119</sup> Véase MAURACH, *PG* II, 7ª ed. (trad. Bofill Genzsch), 1995, p. 11, siguiéndose que otorga a dicha solución un alcance general vinculado a la naturaleza “independiente” de los tipos; ello al margen de que luego en relación con determinados casos concretos (autónomos) se postule otra cosa porque, por ejemplo, así venga determinado por la redacción del concreto precepto (pp. 585 s.).

de criterio frente a la posición inicial de MAURACH<sup>120</sup>. Así las cosas, de acuerdo con el planteamiento de GÖSSEL, la distinción cobra ahora una dimensión básicamente formal. Es decir, frente a lo que *prima facie* sugiere el hecho de que se enfrenten en este contexto supuestos de extensión del tipo, por un lado, y tipos autónomos, de otro, no se estaría significando que en este segundo caso se trata de figuras delictivas con un contenido de injusto diverso sino simplemente llamando la atención —sin que se sepa muy bien a qué efectos— sobre la existencia de diversas clases de actos preparatorios de la Parte Especial —cuya delimitación entre sí por otra parte, y según hemos visto, no resulta muy clara—.

Esta división bipartita de los delitos de preparación ha encontrado cierto eco entre los escasos autores que en nuestra doctrina han estudiado de manera sistemática los tipos preparatorios del Libro II del CP, arrastrando a mi juicio en su traslación a nuestro ordenamiento similares defectos a los ya señalados. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, por ejemplo, para diferenciar los delitos de preparación que son extensión no autónoma de algunos tipos y los que constituyen tipos preparatorios autónomos reproduce los criterios de JESCHECK a los que antes se ha hecho referencia<sup>121</sup>, y añade, por lo que hace al segundo grupo de supuestos, que se trata de “conductas que materialmente constituyen un paso previo a otro hecho penal”<sup>122</sup>. Tal cualidad, en realidad, resulta asimismo común a los delitos que se engloban en la otra categoría (no autónomos), como se aprecia en el único caso de la legislación española que dicha autora propone como ejemplo de los tipos preparatorios no autónomos, el del delito de reclutamiento de tropa del art. 475 CP, pues es obvio que dicho comportamiento puede calificarse de “paso previo” para la realización de una rebelión; quizás por ello cita también *ese mismo precepto* como ejemplo de la categoría —en teoría contrapuesta— de delito autónomo<sup>123</sup>, lo que refleja, nuevamente, la falta de claridad de esta distinción. Por lo demás, en alusión a los delitos autónomos precisa también esta autora que son “formalmente independientes”<sup>124</sup>. Ello indica que del mismo modo en este caso se acoge la división en términos formales —no para expresar, por tanto, que los tipos que se denominan autónomos lo son en términos materiales, lo que excluiría en rigor su naturaleza preparatoria—. No resulta fácil dilucidar entonces qué significado se le otorga en este ámbito a esa autonomía formal que se atribuye a algunos tipos; esto es, qué se quiere decir cuando se habla de delitos preparatorios formalmente autónomos, bien entendido que, en el marco de esta clasificación, estamos en todo caso ante tipos de preparación ubicados en el Libro II del Código penal, de suerte que no cabe asociar aquí —a diferencia de lo que, como hemos visto, sí sucede en otras hipótesis— tal carácter autónomo a esta cualidad (tratarse de tipos preparatorios de la Parte Especial).

Por su parte, FUENTES OSORIO<sup>125</sup>, aunque recurre a una terminología similar (extensión no autónoma del alcance del tipo penal *vs.* tipificación autónoma de una forma de preparación), se separa de los autores anteriores al extender el ámbito de aplicación de esta diferenciación también a los actos preparatorios de la Parte General y al hacer depender el otorgamiento de una u otra condición del hecho de que se tenga que “vincular el precepto con otros tipos para poder establecer la sanción que le corresponde”<sup>126</sup>. A mi modo de ver, esto último es una cuestión de mera técnica legislativa a la que no cabe conceder ninguna trascendencia

<sup>120</sup> GÖSSEL, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT II, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8ª ed., 2014, p. 22. Pese a ello, este autor entiende que en el caso de la preparación de la estafa de seguro (§ 265 StGB), antes de la modificación del tenor literal del precepto que tuvo lugar en 1998, resultaba adecuado estimar un concurso real de delitos, tal y como hacía la jurisprudencia (p. 22, nota 153). Dado que la anterior redacción del § 265 StGB tampoco decía nada explícitamente a favor del concurso de delitos sino que dejaba la cuestión abierta, surge la duda de por qué en el resto de delitos que GÖSSEL considera “autónomos” y cuya formulación legal, como antes la del § 265 StGB, no plantea ningún obstáculo en ese sentido, no considera él también ahora correcta la solución del concurso de delitos.

<sup>121</sup> Véase *supra* nota 118.

<sup>122</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 58.

<sup>123</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 59.

<sup>124</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 58.

<sup>125</sup> FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, pp. 16 ss.

<sup>126</sup> FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, p. 18.

en punto a la determinación de la naturaleza de los tipos<sup>127</sup>. Independientemente de ello, lo que ahora interesa destacar es que también aquí la distribución de los concretos tipos delictivos que acaba realizando el citado autor conforme a dicho criterio resulta confusa<sup>128</sup>; y, sobre todo, que no atribuye a tal distinción ninguna repercusión, ni en cuanto a la admisión de la punición de la tentativa y de la participación en el delito ni en materia concursal<sup>129</sup>.

Así las cosas, si no cabe extraer consecuencias dogmáticas de ellas, si tampoco resultan útiles desde un prisma descriptivo o explicativo —habida cuenta de que ni siquiera aportan una caracterización diáfana de las figuras delictivas que pertenecen a una y otra categoría—, y si además, en fin, inducen a confusión sobre cuál es la verdadera naturaleza de los tipos preparatorios que se denominan “autónomos” —porque en realidad, como se ha comprobado, desde un punto de vista material se siguen considerando preparatorios y por consiguiente dependientes (no autónomos), pese a que los términos en que se plantea la dicotomía (tipos no autónomos *vs.* tipos autónomos) invitan *a priori* a pensar lo contrario—, *cabe cuestionar seriamente el mantenimiento de este tipo de clasificaciones doctrinales de los delitos preparatorios en atención a su autonomía formal*.

Todo lo anterior muestra que, como antes apuntaba, la necesaria delimitación entre delito de preparación y delito autónomo (en sentido material), y por tanto, en definitiva, la propia noción de delito preparatorio, dista en muchos casos de estar clara; y ello, como es lógico, entraña el riesgo de acabar trascendiendo a la interpretación de los tipos concretos.

Un ejemplo de esto último puede verse en la utilización que en ocasiones se hace en la jurisprudencia de criterios exegéticos del delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP que remiten *simultáneamente* a la genérica idea de la paz social o incluso de la perplejidad e indignación de la sociedad como bien jurídico directamente tutelado (delito autónomo) y también, y sin perjuicio de lo anterior, a una configuración de su contenido de injusto en términos de peligro de promoción de infracciones terroristas (delito preparatorio), o asimismo cuando se entrelazan en la argumentación relativa a la fundamentación e interpretación del tipo elementos que pertenecen a una y a otra concepción.

La SAN, S. Penal Sec. 1ª, 21.3.2017 (nº 12/2017; MP: Ramón Sáez Valcárcel), por ejemplo, empieza subrayando que el tipo del art. 578 CP no recoge ningún elemento de provocación a la comisión de delitos de terrorismo y la importante diferencia que ello representa con respecto a la provocación del art. 18. A partir de ahí señala la dificultad que se plantea en orden a la determinación del bien jurídico, y en coherencia con todo ello se remite a la delimitación típica que frecuentemente viene haciendo la jurisprudencia de este delito y destaca en ese sentido que el tipo “sólo pide la mera alabanza o justificación genérica” y que, en el

<sup>127</sup> Véase *infra* 2.3.b.

<sup>128</sup> En el primer grupo (tipos no autónomos) incluye los actos preparatorios regulados en los arts. 17 y 18 y también el delito de fabricación y tenencia de útiles para cometer falsedades del art. 400, al conectarse este último, en virtud de su tenor literal, con “los delitos descritos en los capítulos anteriores” y disponerse que “se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores” (FUENTES OSORIO, *RECPC*, [08-08], 2006, p. 17). No se entiende, sin embargo, por qué partiendo de esos mismos parámetros considera tipo autónomo, por ejemplo, el contemplado en el art. 270.3 CP (p. 19), que en la versión vigente en el momento de publicación del trabajo de dicho autor se remitía asimismo a las conductas y a la pena del tipo principal (en su formulación actual se acerca todavía más a la redacción del art. 400 CP, manteniendo en todo caso la remisión a la pena del delito-fin).

<sup>129</sup> FUENTES OSORIO, *RECPC*, (08-08), 2006, p. 18, en efecto, aun cuando afirma inicialmente que el carácter no autónomo del delito impide la posibilidad de la teoría de la tentativa y de la participación y que también sobre esa base debe regir el principio de subsidiariedad respecto del delito principal intentado y consumado, idénticas consecuencias deduce luego en relación con las conductas preparatorias autónomas (pp. 20 s.), que por lo demás precisa, de manera coherente con lo anterior, que son autónomas únicamente en un sentido formal pero no material (p. 18, nota 93, pp. 18 s.).

aspecto subjetivo, “se requiere el conocimiento por parte del sujeto activo (...) de que se difunde públicamente un mensaje enaltecedor o justificador de los delitos de terrorismo y de sus responsable, y la voluntad de hacerlo”, apoyándose en esto último en la STS, 2ª, 18.1.2017 (nº 4/2017; MP: Manuel Marchena Gómez), que hace especial hincapié en la exclusión de la consideración de la intención incitadora del autor como elemento subjetivo del injusto en este delito. A continuación, sin embargo, y con apoyo en este caso en la STC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) — que, como es sabido, entra a enjuiciar la constitucionalidad de la figura delictiva en examen— se establece que para su aplicación se “ha de constatar una acción de enaltecimiento que *ex ante* implique un incremento del peligro de que se produzcan atentados terroristas”, y a partir de ahí, se acaba concretando el requisito objetivo relativo a la existencia de enaltecimiento o justificación en la necesidad de que la conducta incite y genere peligro de ser seguida de acciones violentas de carácter terrorista, lo que lleva al Tribunal a absolver en el caso concreto<sup>130</sup>. De este modo, por un lado, se está exigiendo un requisito típico que obedece a una lógica preparatoria, en tanto que conecta su injusto al aumento del peligro de perpetración de ulteriores delitos de terrorismo, pero a la vez, según hemos visto, se parte de una configuración inicial del tipo desde la que no es necesario un elemento subjetivo trascendente que alcance a la consumación de dichos delitos, tal y como sería congruente desde aquella otra perspectiva; es decir, que se aplican a un mismo tipo parámetros interpretativos que responden a concepciones contrapuestas (delito preparatorio/delito autónomo)<sup>131</sup>.

La STS, 2ª, 28.6.2013 (nº 587/2013; MP: José Manuel Maza Martín), parte también de una consideración autónoma del delito, vinculando su bien jurídico a la “perplejidad e indignación” de la sociedad a la que se refiriera la EM de la LO 7/2000, en virtud de la cual se introdujo el delito de enaltecimiento del terrorismo, restringiendo sus requisitos típicos a los elementos que se siguen estrictamente de su tenor literal (la existencia de acciones o palabras por las que se enaltezca o justifique, que el objeto de tal enaltecimiento o justificación sean delitos de terrorismo o personas que han participado en su ejecución, y que la conducta se lleve a cabo con cierta publicidad) y llamando asimismo la atención sobre la clara frontera de esta figura y la de la provocación del art. 18 CP; todo lo cual no impide que más adelante concluya lo que sigue: “A la postre, lo esencial en este ámbito puede concretarse en los siguientes términos: (...) -La posibilidad de que ese ejercicio del derecho (a la libertad de expresión) pueda restringirse, e incluso sancionarse penalmente, cuando, por ejemplo, se trate de manifestaciones *que puedan incitar a la violencia terrorista* o, de algún modo, justificarla. Que, *en ese concreto sentido* de expresiones que enaltezcan o justifiquen al terrorismo o sus autores se describe, en nuestro ordenamiento, el tipo del artículo 578 del Código penal”<sup>132</sup>. Si bien aquí no se derivan consecuencias interpretativas en relación con el concreto supuesto enjuiciado<sup>133</sup>, la argumentación apuntada

<sup>130</sup> “Objetivamente esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir (...). No hay alabanza ni justificación porque tampoco contiene un llamado a la acción”.

<sup>131</sup> Resulta ilustrativa en este sentido la apreciación con la que el Magistrado Fernando Grande-Marlaska Gómez inicia su voto particular a la citada sentencia: pone de manifiesto que en ésta “se recogen correctamente los requisitos objetivos y subjetivos que definen el delito de enaltecimiento del terrorismo, si bien posteriormente se concluyen consideraciones a mayores que entiendo le son ajenas y difuminan su virtualidad”. En la STS, 2ª, 25.5.2017 (nº 378/2017; MP: Luciano Varela Castro), con base igualmente en la sentencia interpretativa del TC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016), se propone una exégesis del art. 578 que remite a una concepción preparatoria del delito si bien en este caso, de manera consecuente con dicha posición, se requiere, además del elemento “de riesgo”, también el componente subjetivo consistente en la voluntad del autor de “incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo”. No se produce, por tanto, aquí esa suerte de *ambivalencia interpretativa* denunciada en el pronunciamiento anterior.

<sup>132</sup> Las cursivas son añadidas.

<sup>133</sup> El TS considera que la tipicidad objetiva queda ya descartada porque los textos que figuraban junto a las fotografías de los presos etarras o en las pancartas exhibidas eran de tono reivindicativo e integraban tan sólo peticiones de reagrupación de los presos en Centros penitenciarios próximos a sus domicilios o de índole similar, no incorporando elogios ni justificaciones de los actos por ellos cometidos, de manera que no cabe considerar que tales expresiones o manifestaciones tengan desde el punto de vista semántico y literal un significado de ensalzamiento o justificación del terrorismo o de sus protagonistas.

resulta a mi juicio indicativa de la interferencia entre planos diversos a que se viene haciendo mención. En un sentido parecido, si bien aquí el razonamiento se plantea desde una perspectiva condenatoria, en la ya citada STS, 2ª, 18.1.2017 (nº 4/2017) se declara que la estructura típica del delito que es objeto de análisis no precisa la acreditación de la finalidad con que se ejecutan los actos de enaltecimiento, estimándose suficiente a tal efecto la concurrencia de un dolo genérico. De este modo el alto tribunal se aleja de una interpretación del tipo del art. 578 CP en clave preparatoria, que en los términos en que se ha justificado más arriba exigiría necesariamente que la intención del autor abarcara la realización del delito principal. Pese a ello, para justificar desde una perspectiva general la incriminación de estas conductas, se deslizan en la sentencia referencias a su carácter incitador —se habla así, por ejemplo, del “odio que incita a la comisión de delitos”, aunque es verdad que ello se hace, en el caso de esta resolución, de forma meramente incidental—; lo mismo que en el recurso del Fiscal contra el pronunciamiento absolutorio previo, y que queda reflejado en la propia sentencia, se manifiesta que esta clase de actuaciones ponen en grave riesgo la “paz social” y también “los bienes jurídicos más preciados de los ciudadanos, la vida y la libertad”, alusión esta última que podría entenderse que entronca desde el punto de vista del objeto de tutela, y frente a lo que sucede con la mención previa a la paz social, con la idea de evitar el peligro de promoción de acciones terroristas (lesivas de esos bienes jurídicos individuales que se mencionan, entre otros). La SAN, S. Penal Sec. 1ª, 8.11.2016 (nº 29/2016; MP: Fernando Grande-Marlaska Gómez), por citar un último ejemplo en esta línea, se suma igualmente a una exégesis del delito de índole literal, que colma cualquier conducta que encaje en la semántica de ensalzar o justificar y que vaya acompañada de un dolo restringido a tal objeto, pero al mismo tiempo, en orden a delimitar los comportamientos que quedan dentro del ámbito de tipicidad del art. 578 CP respecto de otros que no lo hacen y que también son enjuiciados, se hace referencia a que los primeros “devienen *incitación* y ensalzamiento del uso de la violencia”<sup>134</sup>. Esta alusión genérica a la incitación a la violencia si bien es cierto que no conecta imprescindiblemente con una configuración preparatoria del tipo, sí lo hace al menos con la exigencia de una peligrosidad *ex ante*, siquiera sea referida a la antesala del ilícito (delito de clima), que requeriría tener en cuenta el contexto concreto en el que se emiten los mensajes o discursos a efectos de la valoración de dicho riesgo, y éstos son elementos a los que con carácter general no se atiende en tales pronunciamientos, que interpretan el tipo, como decía, en términos puramente formales.

Esta superposición de argumentos de signo diverso —y hasta cierto punto opuesto—, y en concreto tales referencias al carácter *incitador* de la conducta (del que luego como hemos visto se prescinde a la hora de concretar los requisitos del tipo), al margen de la ya denunciada confusión conceptual que trasluce, quizás pueda explicarse también en estos casos por la idea de tratar de reforzar —en ese plano, por así decir, argumentativo formal— la legitimación de la aplicación de un tipo, que así interpretado —esto es, en términos estrictamente gramaticales—, suscita muchas dudas desde el prisma del principio de ofensividad y del de prohibición de exceso en general, así como en atención a la vigencia del derecho fundamental a la libertad de expresión<sup>135</sup>. Ello por más que en muchas de esas resoluciones se presente como incuestionable la justificación de su castigo penal y que se invoque en su defensa la doctrina del discurso del odio; esto último, por cierto, de manera inapropiada, por cuanto el contenido de tal doctrina, en los términos en que la plasma nuestro Tribunal Constitucional<sup>136</sup>, no creo que pueda decirse que obtenga reflejo, ni que se vean satisfechas sus exigencias, en semejante interpretación (literal) del precepto.

<sup>134</sup> La cursiva es añadida.

<sup>135</sup> A esa misma razón obedece, en mi opinión, el hecho de que a menudo se mezclen en la justificación del delito de enaltecimiento argumentos vinculados a la protección del honor y la dignidad de las víctimas, cuya tutela se contempla en el mismo precepto si bien en un tipo delictivo *distinto*. Véase en este sentido, por ejemplo, la STS, 2ª, 18.1.2017 (nº 4/2017). Subrayando la separación existente entre las dos figuras delictivas reguladas en el art. 578 CP, véase, con ulteriores referencias jurisprudenciales, la STS, 2ª, 30.12.2015 (nº 846/2015; MP: Antonio del Moral García).

<sup>136</sup> Véase la STC, Pleno, 7.11.2007 (nº 235/2007; MP: Eugeni Gay Montalvo), el ATC, 1ª, 9.1.2008 (nº 4/2008), y la STC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016).

Finalmente, quisiera destacar que también el legislador manifiesta en alguna ocasión indicios de no tener clara la diferenciación conceptual a que se viene haciendo referencia. Así sucede, según creo, en el caso del art. 183 ter.1 CP, que en los términos en que está formulado difícilmente adquiere sentido si no es desde una lógica preparatoria y pese a lo cual incorpora una cláusula concursal que en principio, conforme al significado que su redacción sugiere en una primera aproximación, apunta a su consideración como delito con un injusto autónomo<sup>137</sup>.

b) Criterios de identificación de las figuras delictivas pertenecientes a una y otra categoría

Cuestión distinta, aunque íntimamente relacionada con lo hasta aquí expuesto, es con arreglo a qué criterios se debe determinar, *en el caso concreto* de un tipo en el que exista esa relación de medio a fin o de facilitación respecto de otro, si estamos ante un delito preparatorio (que se castiga por tanto en atención al bien jurídico del delito preparado) o ante un delito autónomo (con injusto propio). Se trata, como es obvio, de una cuestión de interpretación del tipo. En esa medida resultará sencilla en aquellos supuestos en que, de acuerdo con su configuración legal, la desconexión valorativa del tipo con el bien jurídico del delito que resulte facilitado sea evidente. Por ejemplo: aun cuando un allanamiento de morada se lleve a cabo en el caso concreto como paso previo a la realización de un delito de violación es claro que no por ello adquiere naturaleza preparatoria, pues seguirá castigándose por razón de la ofensa a la intimidad que comporta y no por el incremento de las posibilidades de comisión del delito contra la libertad sexual; y algo similar cabe decir respecto de la conducta tipificada en el art. 170.2 CP, que a pesar de que integra una incitación a la comisión de acciones violentas se sanciona con base en la incidencia en la libertad o en el sentimiento de tranquilidad del grupo de personas afectadas y no en el peligro de promoción de acciones terroristas. El carácter autónomo de la infracción resulta también manifiesto en los dos delitos citados de trata de seres humanos y de tenencia ilícita de armas y por las razones ya explicadas algunas páginas atrás. Otras veces, sin embargo, la separación no es tan nítida. El caso del enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), al que también se aludía antes, constituye un buen

<sup>137</sup> O bien, alternativamente, a la vulneración del principio *ne bis in idem*. Ilustrativa en este sentido, la STS, 2ª, 10.12.2015 (nº 864/2015; MP: Antonio del Moral García), que en respuesta al recurso del Fiscal solicitando la aplicación de la referida infracción junto con el abuso sexual consumado (concurso de delitos) observa que “(h)ay que reconocer (...) que desde una aproximación meramente literal la tesis del Ministerio Público aparece como la más armónica con la cláusula legal invocada”, añadiendo que tal interpretación “(l)a comparten sectores doctrinales, aunque no sin dejar de reseñar su imposible coherencia con el tan citado principio esencial”, si bien concluye —acertadamente— que el precepto admite también una lectura más acorde con la prohibición constitucional del *bis in idem* que “obligaría a tomar en consideración otras tipicidades cometidas, bien para imponer las respectivas penalidades (si cabe el concurso de delitos: v.gr., amenazas, ...), bien para desplazar a ésta (si estamos ante un concurso de normas)”, estimando que esto último es lo que sucede en el supuesto enjuiciado por tratarse de “un caso de progresión delictiva”. De interés también la STS, 2ª, 22.2.2017 (nº 109/2017; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), subrayando que “la atribución de un bien jurídico autónomo supraindividual o colectivo (la seguridad de la infancia) a ese tipo penal de peligro, cuya conducta aparece integrada por actos preparatorios de otras figuras delictivas de lesión, se contradice notablemente con la descripción fáctica que contiene el referido precepto”, razón por la cual aboga de manera muy decidida, y con amplio y fundado razonamiento, por entender que en los casos en que el contacto por medios telemáticos y el consecutivo acercamiento al menor vayan seguidos de la realización de actos sexuales con el mismo se debe apreciar un concurso de normas. En la misma línea, en cuanto al sentido interpretativo a otorgar a la repetida cláusula concursal, la STS, 2ª, 22.9.2015 (nº 527/2015; MP: Andrés Martínez Arrieta). De otra opinión, en cambio, la STS, 2ª, 24.2.2015 (nº 97/2015; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Sobre la polémica generada a este respecto en la doctrina, véase por todos, GÓRRIZ ROYO, «“On-line child grooming” en Derecho penal español», *InDret*, (3), 2016, pp. 33 ss.

ejemplo de ello<sup>138</sup>. O asimismo es ilustrativo en este sentido el debate planteado sobre el particular en torno a algunos ilícitos de posesión de instrumentos para realizar otros delitos, como el que en su momento tuvo lugar a propósito del tipo de tenencia y fabricación de útiles para el robo regulado en el art. 509 del CP anterior<sup>139</sup>, o más recientemente, y entre otros ejemplos, en relación con el tipo de posesión de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (actualmente contenido en el art. 270.6 CP)<sup>140</sup>.

De cualquier modo no hay que olvidar que el aspecto clave radica en si la infracción tiene un injusto propio o si por el contrario se encuentra ligado al del delito facilitado – de manera que coincide con éste, sólo que es, desde un punto de vista cuantitativo, menor por cuanto hablamos materialmente de una fase anterior del *iter criminis* y con ello de un ataque que genera una ofensa más lejana para el bien jurídico –; lo cual se habrá de determinar en el caso concreto – conviene insistir en este extremo, por evidente que sea – conforme a las reglas generales de interpretación del tipo y no a otras pautas tales como la ubicación sistemática del precepto en la Parte General o Especial – como se viene poniendo de relieve, resulta claro que también en el Libro II existen tipos preparatorios (en sentido estricto o material) – o la forma en que se establece la pena, y en particular si se hace o no de manera vinculada o por referencia a la de otro delito<sup>141</sup>. A mi juicio esto último es una cuestión de simple –y variable– técnica legislativa; y que no resulta determinante a esos efectos lo demuestra el hecho de que el tipo del art. 576.1 CP (delito de financiación del terrorismo), por citar sólo ahora un ejemplo, tenga asignada una pena propia – o “autónoma” – cuando parece claro que el legislador lo concibe como preparatorio, a la vista de que prevé que si los bienes o valores recabados “llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos” (art. 576.2 CP)<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> Sobre las divergentes interpretaciones de este delito que se mantienen en doctrina y jurisprudencia me permito remitir a ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *RDPC*, (4), 2010, pp. 36 ss.

<sup>139</sup> Véase VIVES ANTÓN, en EL MISMO (coord.), *PE*, 3ª ed., 1990, pp. 858 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Poder Judicial*, 1992, pp. 26-28. Véase también la STC, Pleno, 8.6.1988 (nº 105/1988), dando cuenta de las diversas soluciones exegéticas que admite el precepto, aunque sin entrar en esta discusión y limitándose a asegurar una interpretación del mismo, y en concreto de la referencia legal que contenía la versión entonces vigente a que el sujeto “no diere el descargo suficiente” sobre la adquisición y conservación de útiles destinados especialmente para ejecutar el robo, en términos compatibles con el principio de presunción de inocencia.

<sup>140</sup> Véase GÓMEZ MARTÍN, *RECPC*, (04-16), 2002, pp. 11 ss., pp. 18 ss.

<sup>141</sup> De otra opinión, sin embargo, la STS, 2ª, 28.6.2013 (nº 587/2013), a tenor de la cual, en alusión al delito de enaltecimiento del art. 578, “(e)n apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología ‘in genere’, operaría definitivamente el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente – prisión de uno a dos años –, frente a las ‘apologías’ clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita –la inferior en uno o dos grados–”; en idéntico sentido pueden verse las SSAN, S. Penal Sec. 3ª, 31.3.2014 (nº 8/2014; MP: Antonio Díaz Delgado) y S. Penal Sec. 1ª, 8.11.2016 (nº 29/2016), entre otras. También GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, 1995, p. 355, otorga a este dato –el que se haga depender la penalidad de la señalada para el ilícito principal– valor indicativo de la naturaleza preparatoria del delito.

<sup>142</sup> En sentido inverso, el tipo del art. 579.1 CP se conmina con “la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate” y, no obstante, como veremos, desde una interpretación apegada a su tenor legal, no puede ser entendido como un delito preparatorio (véase *infra* 4.1). Véase en esta línea la STS, 2ª, 17.5.2017 (nº 354/2017; MP: Andrés Palomo Del Arco), afirmando que la previsión de una pena determinada “al margen de la concreta tipología terrorista” a cuya facilitación se dirige la conducta de preparación – en este caso en referencia al tipo de autocalificación del art. 575.2 CP – no transforma su naturaleza preparatoria (“de acto protopreparatorio”, como se califica al citado delito por el Tribunal Supremo en tal pronunciamiento).

Sentado esto, dentro del marco permitido por el principio de legalidad y en lo que se refiere por tanto a ese margen señalado de supuestos cuya naturaleza – preparatoria o autónoma – queda abierta, cabe pronunciarse todavía sobre si, desde una óptica garantista, resulta preferible una u otra opción.

c) La disyuntiva desde la doble perspectiva de política legislativa e interpretativa

Una vez destacada la importancia de tener presente la diferenciación conceptual entre ambas categorías y perfilados los criterios que han de servir para trazar esa delimitación, tanto desde el punto de vista abstracto como en el caso concreto, debemos preguntarnos, en efecto, qué estrategia legislativa – ¿delito de preparación o delito autónomo? – resulta con carácter general más deseable desde el prisma del Derecho penal de un Estado democrático de Derecho. Determinar esta cuestión tiene relevancia en el plano de *lege ferenda*, en orden a la formulación de propuestas de tipificación de esta clase de conductas que se caracterizan por constituir, desde una perspectiva material, fases anteriores a la ejecución de otros delitos y cuya incriminación obedece en última instancia a ese motivo. Pero asimismo puede adquirir utilidad como directriz interpretativa en el plano de *lege lata*, allí donde haya margen de decisión para el intérprete – esto es, en relación con aquellos delitos que, de acuerdo con lo dicho, se sitúan en un área de indefinición a este respecto – y siempre, debe reiterarse, dentro del respeto al tenor literal posible de cada precepto.

Me inclino por la opción del delito de preparación. En términos generales<sup>143</sup>, creo que de acuerdo con las consecuencias interpretativas de diverso orden que, según se ha comprobado en páginas anteriores, cabe derivar de la opción por una u otra solución técnica, la tipificación como delito autónomo de esta serie de comportamientos se traduce en *un incremento (todavía) mayor de la presión punitiva* frente al que representa su consideración como actos preparatorios. La vía del delito independiente o autónomo permite efectivamente interpretar el tipo, por regla general, de manera más holgada. Y ello es lógico pues en realidad de este modo se viene a construir en términos formales un ilícito que lo que hace, contemplada la cuestión desde un ángulo material, es anticipar más aún la barrera de intervención penal respecto del bien jurídico tutelado por otro delito. O dicho de otra forma: lo que se sanciona al final es una acción que pone en peligro mediato el mismo objeto de tutela (el del delito-fin), por mucho que tal peligro se reencarne en la lesión o puesta en peligro de un *nuevo* bien jurídico (colectivo), que adquiere contornos en general muy difusos, o del mismo pero más espiritualizado<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> Pues no es posible entrar aquí en las matizaciones que, desde este punto de vista, se podrían formular a partir de las peculiaridades de algunas de las variadas modalidades de conducta que se pueden englobar en este ámbito (como sucede, en especial, con los llamados delitos de organización).

<sup>144</sup> Como afirma SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, p. 105, en referencia al caso de los delitos de pertenencia a una organización criminal, “(l)a anticipación (real) de las barreras de la protección jurídico-penal queda “encubierta” tras la afirmación de la lesión de un bien jurídico colectivo y, con ello, puesta a salvo de cualquier consideración crítica con pretensiones de restricción”. Asimismo PETZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht – Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 73 s., desde un punto de vista más general, considera que castigar “actos preparatorios” recurriendo a bienes jurídicos universales como la seguridad pública o la salud pública es “mucho más fácil de justificar en la medida en que no hace falta encontrar un bien jurídico individual que resulte afectado o dañado por el acto punible”, advirtiendo también del riesgo de crear bienes jurídicos cada vez más vagos.



Me parece ilustrativo en este sentido el modo en que expone JAKOBS la cuestión: “si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico”<sup>145</sup>. Lo expresa también muy claramente, si bien en este caso desde una perspectiva crítica, la STS, 2ª, 22.2.2017 (nº 109/2017): “todo delito de peligro tiene como objetivo adelantar las barreras de protección de un bien jurídico concreto con el fin de protegerlo de modalidades previas de conducta que suelen acabar menoscabándolo dada la forma habitual de desarrollarse en la práctica la dinámica delictiva. Por lo tanto, al buscar como objetivo castigar esas conductas que generan inseguridad para el bien que se pone en riesgo resulta patente que se está tutelando la seguridad del mismo. Ahora bien, si ese estado de seguridad que se busca con la anticipación del castigo penal se constituye artificiosamente en bien jurídico autónomo susceptible de generar un concurso real con el delito que protege los ataques directos al mismo bien jurídico cuya seguridad se buscaba, es muy fácil que se incurra en la infracción del principio *non bis in idem*”. A lo dicho — prosigue la misma resolución — “ha de sumarse lo fácil y propicio que resulta crear bienes supraindividuales o colectivos acudiendo a conceptos y denominaciones que constituyen en realidad meras generalizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes individuales de suma relevancia (salud pública, seguridad del tráfico, seguridad en el trabajo, seguridad de la infancia, etc.)”.

No se trata sólo, pues, de que etiquetando el delito como preparatorio, y toda vez que se pone así plásticamente de manifiesto la distancia que media entre la conducta incriminada y la lesión del bien jurídico, se llame la atención sobre la conveniencia de interpretar de manera restrictiva el tipo<sup>146</sup>. Se trata asimismo, y sobre todo, de proporcionar apoyos estructurales — el bien jurídico, en cuya calidad de referente interpretativo esencial respecto del conjunto de los elementos del tipo no hace falta insistir, resulta menos indeterminado; debe concurrir el consabido elemento subjetivo referido a la consumación del delito-fin, requisito típico cuya necesidad desde la otra perspectiva desaparece — que faciliten la contención de interpretaciones puramente formales en las que deriva en muchos de estos casos la estimación de tales tipos como autónomos.

En lo que respecta a una figura delictiva concreta de indudable actualidad: exigiendo, como correspondería desde su comprensión como delito preparatorio, la verificación del citado elemento subjetivo y del carácter incitador de la conducta apologética — entendido tal carácter en términos de aptitud para incrementar las posibilidades de comisión de futuros delitos de terrorismo y no de mera promoción de un *clima* propicio a la realización de esta clase de acciones o de ni siquiera eso — la mayoría de los supuestos que se están castigando en los últimos tiempos como enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP resultarían penalmente atípicos<sup>147</sup>. En esta dirección

<sup>145</sup> “En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos, definir el injusto del hecho por algunos fragmentos del injusto producidos precozmente o, incluso, por uno solo de ellos. Esto ocurre, por ejemplo, con la protección de la ‘paz jurídica’ en las amenazas” (§241 *StGB*), mencionándose también como ejemplo, entre otros, el tipo de aprobación de la comisión de delitos (§ 140.2 *StGB*), en el cual, subraya JAKOBS, la ley alude a la “paz pública” (...): “En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales” (JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 313 s.).

<sup>146</sup> CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, p. 111, habla a este respecto de que se introduce así “una adecuada tensión político-criminal — es decir, conciencia del carácter problemático en términos de legitimidad de todo el modelo — en el análisis de determinación del contenido de injusto”.

<sup>147</sup> Véase una crítica a la reciente aplicación jurisprudencial del citado precepto en MIRA BENAVENT, «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (dirs.), *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, 2016, pp. 110-111; y en CORRECHER MIRA, «El delito de enaltecimiento del

interpretativa de las figuras de apología del terrorismo, por cierto, se sitúa la Directiva (UE) 2017/541, en cuyo art. 5 se consigna que “(l)os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes *destinados a incitar a la comisión* de uno de los delitos (de terrorismo) (...), *siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente*, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, *generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos*”<sup>148</sup>. Y asimismo la reciente STS, 2ª, 25.5.2017 (nº 378/2017) que, amparándose en la mencionada Directiva y en la STC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016), anula una condena por delito de enaltecimiento del art. 578 CP al entender que no es posible apreciar en los hechos probados “el componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible, constituido por la ‘tendencia’, en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo”<sup>149</sup> ni “una mutación del estado de cosas tal que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer ni en un mínimo ápice”<sup>150</sup>. Desde la línea jurisprudencial opuesta, que postula una exégesis del precepto de índole estrictamente gramatical y en la que se ampara gran parte de las condenas impuestas por nuestros Tribunales por este delito, se argumenta en cambio que “el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito”, reconociéndose expresamente –y confirmándose así la crítica que aquí se viene realizando– que de este modo, frente a tales comportamientos que implican alguna suerte de incitación directa o indirecta, “(l)a barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes lo efectuaron”<sup>151</sup>.

No creo que un entendimiento del enaltecimiento o justificación del terrorismo del art. 578 CP como tipo preparatorio, en la línea de la citada STS, 2ª, 25.5.2017 (nº 378/2017), deje sin espacio a la apología del art. 18 (en relación con el art. 579.3 CP): sin perjuicio de que, en mi opinión y de acuerdo con lo que expuse en otro trabajo, a partir de una interpretación sistemática y teleológica del art. 18.1.2º CP cabe defender que la apología no resulta penada en el marco de dicho precepto, también si se parte de la posición mayoritaria –

---

terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo», *RGDP*, (27), 2017, pp. 11 ss.

<sup>148</sup> Todas las cursivas añadidas.

<sup>149</sup> “Ni aún de manera indirecta. Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto ‘siente’, es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos ‘a rienda suelta’ y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”.

<sup>150</sup> Al respecto, continúa la sentencia, “hacemos nuestras la atinadas razones del voto particular” de la sentencia de instancia “para excluir ese elemento constitucionalmente exigible en el tipo penal, aunque el legislador haya omitido su expresión en el artículo 578: a) inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los «Grapo». Esta organización desapareció hace años y no comete atentados; b) las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista, y c) en ninguna de las tres publicaciones de la página de Facebook del acusado aparece la réplica de algún internauta. Lo que significa que no consta si dichos mensajes han sido leídos por otras personas, ni siquiera que tenga seguidores”. Una orientación parecida, en lo que respecta al citado elemento de riesgo, y con apoyo asimismo en la referida Directiva y en la STC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016), puede verse en la STS, 2ª, 17.5.2017 (nº 354/2017).

<sup>151</sup> SAN, S. Penal Sec. 3ª, 31.3.2014 (nº 8/2014). En igual sentido, la SAN, S. Penal Sec. 1ª, 8.11.2016 (nº 29/2016) y la STS, 2ª, 28.6.2013 (nº 587/2013), si bien en este último caso se acaba absolviendo por entenderse que la conducta enjuiciada ni siquiera reúne los requisitos para encajar en esta interpretación gramatical del tipo, y en concreto, para estimarla como constitutiva de enaltecimiento; y ello independientemente de que, tal y como se destacaba más arriba, aun cuando esta resolución se adscribe a una interpretación literal del art. 578 CP incluye alguna referencia que apunta a la vez, por más que sea vagamente, a la dirección interpretativa contraria.

que postula lo contrario— la consideración del tipo de enaltecimiento del terrorismo como delito preparatorio admitiría diferenciar esta figura delictiva respecto de la apología prevista en el art. 18 (en relación con el art. 579.3) sobre la base de que la llamada a delinquir del art. 578 CP comportaría en todo caso una dimensión provocadora menor; concretamente en el sentido de que tal conducta habría de resultar idónea no para hacer surgir la resolución delictiva, como ocurre en la provocación —y también, de admitirse su existencia, en la apología homologable a la anterior— del art. 18 CP, sino simplemente para reforzarla, equivaliendo de esta forma a una tentativa de cooperación psíquica, y no a una tentativa de inducción masiva o colectiva, tal y como sucede en las figuras reguladas en el art. 18 CP<sup>152</sup>. De cualquier modo, ha de quedar claro que conforme a esta segunda vía interpretativa —la de considerar el enaltecimiento del art. 578 CP como apología de segundo grado— tanto el “dolo instigador” como la mencionada aptitud suasoria habrían de estar referidos en todo caso a la consumación de delitos de terrorismo, y no a su “antesala”, esto es, no a la atmósfera o al ambiente social propicio para generar este tipo de acciones violentas, pues en tal caso el tipo dejaría de ser preparatorio y se adentraría en el terreno —lo que supondría dar un paso más en el adelantamiento de la frontera de punibilidad de estas conductas— de los delitos de clima (bien jurídico autónomo). Cuestión distinta, y en la que no se puede entrar en este trabajo, es cómo articular todo esto con las —en cualquier caso perturbadoras y difíciles de justificar desde un punto de vista valorativo y sistemático— previsiones del art. 579.1 y 2 CP, cuya penalidad con carácter general resultará superior.

Sin perjuicio de lo anterior, estimo que la reiterada STS, 2ª, 25.5.2017 (nº 378/2017) va ciertamente más allá en términos garantistas que la propia STC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016) en la que se apoya y que la doctrina del discurso del odio en los términos en que la recoge en general nuestro TC<sup>153</sup>. Esta interpretación del art. 578 CP es posible, y a mi juicio de hecho la más razonable, pero a ella no obliga la citada doctrina constitucional, que entiendo que permitiría también su comprensión como delito de clima (no en cambio una exégesis de índole meramente literal, como la que, según se viene reiterando, a menudo se hace en nuestra jurisprudencia).

Junto a lo dicho, cabe recordar aquí que la solución del delito preparatorio implica igualmente en términos generales una rebaja de la presión punitiva en lo referente a las consecuencias en materia de concursos (conduce a evitar, por ejemplo, y dado que desde dicha perspectiva surgiría un concurso de normas, que el sujeto que cometiera una falsedad a través de un instrumento o aparato que previamente hubiera fabricado él mismo para tal fin fuera castigado con la correspondiente pena por el delito de falsedad consumado y, además, con otra similar —pues en este caso se prevé idéntica respuesta punitiva para el acto preparatorio que para el delito principal consumado— por la fabricación o tenencia de tal género de útiles tipificada en el art. 400 CP<sup>154</sup>); y también en la

<sup>152</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 156, a propósito en este caso de las posibles opciones hermenéuticas de la referencia legal a la apología contemplada en el art. 18 CP tras la aprobación del Código penal de 1995. De entenderse, por el contrario, como creo que debe hacerse, que el art. 18 CP determina la irrelevancia de la apología en el ámbito de los “actos preparatorios genéricos”, el delito de enaltecimiento del art. 578 CP permitiría interpretarse como apología fuerte, equiparable en términos incitadores a la provocación del art. 18 CP, sólo que restringida, por lo que ahora respecta, a los delitos de terrorismo y con penalidad en general menor por tratarse de una llamada a delinquir indirecta (en el sentido de no explícita), y en aras del respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión y a la prohibición constitucional de desaliento (puede verse un desarrollo y justificación más detallada de esta posición interpretativa en ALONSO RIMO, *RDPC*, [4], 2010, pp. 17 ss.).

<sup>153</sup> Véase la STC, Pleno, 7.11.2007 (nº 235/2007), el ATC, 1ª, 9.1.2008 (nº 4/2008), y la STC, 1ª, 20.6.2016 (nº 112/2016).

<sup>154</sup> De la misma forma que al que consuma el abuso sexual al menor no se le podría castigar añadidamente por el delito de *grooming* (art. 183 ter.1 CP), tal y como razona la ya citada STS, 2ª, 22.2.2017 (nº 109/2017) (véase también lo señalado *infra* —nota 179— en relación con el delito de tráfico de órganos del art. 156 bis CP). Ello no quiere decir que el delito consumado o intentado desplace en todo caso a la acción preparatoria; podría no ocurrir así, por ejemplo, si ésta estuviera dirigida a la realización de varios delitos distintos y algunos de ellos no se hubieran comenzado a ejecutar (véase lo apuntado sobre el particular, a propósito de los delitos de organización —

medida en que la naturaleza preparatoria del tipo constituye un argumento que, aun cuando a mi juicio no resulte definitivo, abona el rechazo a la posibilidad de apreciar formas imperfectas de realización y de participación en el delito<sup>155</sup>.

Si bien, por razones de espacio, no me puedo extender mucho más sobre la cuestión en el marco de este trabajo, me gustaría dejar apuntado que los resultados interpretativos – de signo expansivo y también colindantes con un Derecho penal de autor – a los que en mi opinión conducen algunas de las posiciones doctrinales que más decididamente abogan por la configuración de esta clase de delitos en términos autónomos refuerzan la tesis aquí defendida de que de manera general resulta preferible resolver el dilema abordado en estas páginas entre delitos preparatorios y delitos autónomos a favor de los primeros<sup>156</sup>.

Tal y como yo lo veo es preferible fundamentar el castigo de estos comportamientos en la peligrosidad – mediata, aunque no por ello, según se dijo, necesariamente irrelevante – de los mismos vinculada al bien jurídico del delito principal o de referencia, y de acuerdo con ello, y en atención al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que la pena sea leve – en cualquier caso menor a la del delito consumado y también, en vía de principio, a la de los supuestos de tentativa –<sup>157</sup>. No creo que el riesgo de vaciamiento material de estos delitos sea algo inherente a

---

interpretados desde una lógica preparatoria –, por SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, p. 101, nota 169, y asimismo las consideraciones formuladas por GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, 1995, pp. 354 s., nota 126, a partir de las dudas que cabe plantear desde este punto de vista en relación con la figura de la provocación o también de la proposición – en especial, cuando la llamada a delinquir va seguida de la realización de un delito menos grave pero incluido en el objeto de dicha invitación –. Al respecto, este último autor parte de la apreciación, que comparto, de que cualquier solución concursal en este contexto debe estar presidida por el carácter excepcional de la punición de los actos preparatorios). Desde la perspectiva contraria, sin embargo, si se conciben tales supuestos como delitos autónomos, la solución del concurso de infracciones resultaría obligada.

<sup>155</sup> Cfr. PETZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, p. 74, quien denuncia que desde una interpretación de los tipos de orientación colectiva (bienes jurídicos colectivo-autónomos) se allana el camino al castigo de los actos preparatorios de estas conductas (acto preparatorio del acto preparatorio); o SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, p. 105, observando que la configuración del tipo del delito de pertenencia a una organización criminal como autónomo “permite pensar, adicionalmente, en la punibilidad de las formas de participación en él, así como de su imperfecta realización”.

<sup>156</sup> La postura de JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 313 ss., constituye, a mi juicio, un buen ejemplo de la deriva interpretativa a que puede llevar la opción del delito autónomo, incluso cuando, como en el caso del citado autor, se parte de una posición de inicio reacia a la criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico. Véase, subrayando el riesgo de punición de la mera peligrosidad subjetiva en la tesis de dicho autor, SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, pp. 92 s., 102 ss. En una línea similar, la exégesis que propone PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 58 ss., de los delitos de posesión “con significado preparatorio” y de los delitos de pertenencia a organización criminal – y que considera extrapolable a todos los “actos preparatorios punibles” (p. 73, nota 122) – muestra igualmente, y aunque también aquí dicha construcción se conciba desde la preocupación por procurar una aplicación razonable de los tipos, los peligros en que puede desembocar la utilización de bienes jurídicos (colectivos) interpuestos. Véase una crítica a la posición de esta autora en MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, pp. 169-172.

<sup>157</sup> Estimo que cabe situar en una línea de pensamiento convergente con la aquí expuesta, además de la posición de los autores ya citados – como PETZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 73 ss., o asimismo la postura de SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, pp. 94 ss., favorable a interpretar los delitos de organización desde una lógica anticipatoria –, y entre otras, la de quienes defienden que los delitos de posesión sólo deben castigarse por regla general – y al margen de que luego se admitan excepciones en relación con supuestos concretos – en tanto que requieran el componente subjetivo referido a la realización del delito-fin,

esta posición<sup>158</sup>. Claro que resulta posible, partiendo de la clase de conductas típicas que aquí son objeto de análisis, llegar a los indicados resultados interpretativos de signo prevencionista. La mera adscripción – formal – a la teoría de la anticipación no garantiza, en efecto, el mínimo contenido de injusto exigible desde la perspectiva del principio de ofensividad (del mismo modo que tampoco lo hace la afirmación, como toda consecuencia derivada de dicha teoría, de la genérica pauta consistente en la necesidad de interpretar de manera restringida – o de tipificar con carácter “excepcional” – estas figuras delictivas), sino que ello quedará supeditado a la comprobación de los concretos requisitos exegéticos que impone, en los términos ya expuestos, la consideración de los tipos como preparatorios. De nuevo, y muy sucintamente: se habrá de constatar que la conducta resulte en el caso concreto objetivamente peligrosa *ex ante* para el bien jurídico de la infracción principal<sup>159</sup> y que, en particular, resulte idónea para aumentar de forma significativa el riesgo de realización de dicho delito; lo cual, si se trata de un supuesto de preparación de hecho ajeno – y en la medida en que tales casos, según quedó sentado, admiten ser contemplados como tentativas de participación –, requerirá que se trate de actuaciones que, de haber comenzado la ejecución del reiterado delito-fin, hubieran podido ser calificadas como participación en el mismo. En coherencia con todo lo anterior, deberá verificarse igualmente la concurrencia del componente subjetivo referido a la consumación de, nuevamente, el delito principal.

Con el planteamiento expuesto hasta aquí no se está descartando, como es obvio, cualquier posibilidad de concebir o interpretar como delito autónomo la tipificación de conductas que de manera más o menos habitual constituyen un medio o paso previo para la comisión de otros delitos. Naturalmente, esto resultará legítimo allí donde la acción típica en cuestión lesione o ponga en peligro por sí misma y de modo relevante un bien jurídico (independiente) digno de tutela penal. Tal es el caso, a mi juicio, y entre otros de los supuestos a los que más arriba se hacía mención, del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP). Pero si de lo que se trata es de proteger un bien jurídico frente a conductas que representan un ataque al mismo en una fase todavía muy preliminar y en las que tal es en el fondo la razón de su punición, se considera preferible, por los motivos indicados en estas páginas, la solución del delito de preparación. Lo anterior sin perjuicio de que la premisa de la que aquí se parte es que debiera regir – en serio – la regla general de impunidad de los actos preparatorios.

---

de tal modo que adquieran un sentido preparatorio y su injusto se conecte al peligro para el bien jurídico del delito-fin y no a una ofensa a un objeto de tutela autónomo. Véase en esta dirección, por ejemplo, ASHWORTH, *Crim. Law and Philos.*, (5), 2011, pp. 237 ss.; NESTLER, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000, pp. 66-67; o asimismo SCHROEDER, *RDPC*, (14), 2004, p. 163.

<sup>158</sup> De otra opinión, JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 294 ss., o en sentido parecido, PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2004, p. 76. Véase también CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, p. 113, quien en el contexto de la discusión sobre el injusto de los delitos de organización, atribuye a la tesis de la anticipación como exclusivo cometido la evitación fáctica de futuros delitos y con ello una fundamentación que remite a la idea de la prevención fáctico-policia; o VIVES ANTÓN, en EL MISMO (coord.), *PE*, 3ª ed., 1990, p. 859, afirmando, a propósito del antiguo delito de fabricación y posesión de instrumentos para el robo, que la doctrina del acto preparatorio implica el castigo “de conductas carentes de lesividad”, y en la misma línea, GONZÁLEZ CUSSAC, *Poder Judicial*, 1992, pp. 26-28.

<sup>159</sup> Respecto del cual, en los términos ya razonados más arriba, el objeto de protección “autónomo” – por ejemplo el orden público o a la paz jurídica – con carácter general representa, desde un punto de vista material, un ulterior adelantamiento de la tutela penal y vistas, así las cosas, cabría decir que opera a título de mero artefacto.

d) Delitos de preparación, delitos de peligro abstracto y delitos contra bienes jurídicos colectivos

Conforme al objetivo de delimitación del concepto y naturaleza de los delitos de preparación que preside esta parte del trabajo, y ya para finalizarla, considero de interés matizar algunos de los enfoques desde los que frecuentemente se ha expuesto en la doctrina el dilema tratado en el epígrafe anterior relativo a qué solución técnica resulta más adecuada para configurar legalmente e interpretar esta serie de figuras delictivas que tipifican comportamientos situados en el estadio previo a la ejecución de otro delito y cuya incriminación se justifica en último término en esa medida. Esta cuestión se ha abordado, en efecto, en algunas ocasiones como disyuntiva entre considerar tales infracciones como actos preparatorios elevados a delitos o bien como tipos de peligro abstracto (delito preparatorio *vs.* delito de peligro abstracto)<sup>160</sup>. Otras veces se ha propuesto como vía para articular el castigo de esta clase de conductas la de crear un delito de bien jurídico colectivo o universal o, alternatively, un delito de peligro abstracto (delito de bien jurídico colectivo *vs.* delito de peligro abstracto)<sup>161</sup>. En este segundo caso, la concepción del ilícito como acto preparatorio – en sentido estricto – queda asociada a la idea de peligro abstracto<sup>162</sup>; justo al revés que en el planteamiento anterior. Este uso ambivalente de la categoría de delito de peligro abstracto – en un caso para aludir al delito preparatorio y en el otro a la opción contrapuesta – es ya de entrada indicativo de la confusión a que conduce la utilización de dicha terminología a estos efectos y habla a favor de la conveniencia de plantear el problema, de acuerdo con lo que se viene exponiendo, en términos de delitos de preparación *vs.* delitos autónomos.

Aludir en términos antitéticos a delito preparatorio de un lado y a delito de peligro abstracto de otro, tal y como se hace en la primera de las aproximaciones apuntadas, no se compadece con la tesis ya explicada en páginas anteriores de que los tipos preparatorios, en atención al tradicional criterio de afectación al bien jurídico, admiten integrarse en la categoría de delitos de peligro abstracto (ello sin perjuicio de las peculiaridades que, como asimismo se destacó en su momento, cabe atribuir en el ámbito de los delitos de peligro abstracto a los tipos preparatorios)<sup>163</sup>. De cualquier modo, se comparta o no que los delitos de preparación son de peligro abstracto, lo cierto

<sup>160</sup> Así, tradicionalmente en nuestro país respecto del ya derogado delito de tenencia y fabricación de útiles para el robo, véase QUINTANO RIPOLLÉS, *PE*, T. II, 2ª ed., 1977, pp. 349 ss.; VIVES ANTÓN, en *EL MISMO* (coord.), *PE*, 3ª ed., 1990, pp. 858 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Poder Judicial*, 1992, pp. 26 ss. Tal y como refleja la STC, Pleno, 8.6.1988 (nº 105/1988): “Las interpretaciones oscilan entre las tesis que lo consideran como un delito de mera sospecha – opción que la propia sentencia declara inconstitucional –, las que entienden que se castiga una situación de peligro abstracto y quienes piensan que se trata de una anticipación de la represión penal, que, en el caso concreto, se traslada de la tentativa o comienzo de la ejecución a actos de carácter preparatorio”. Véase también, en referencia al delito de tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos técnicos protectores de programas informáticos (en la versión del precedente art. 270.3), GÓMEZ MARTÍN, *RECPC*, (04-16), 2002, pp. 5 ss., con ulteriores referencias, y, desde una perspectiva más general, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999, p. 282.

<sup>161</sup> PEITZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 73 ss.; o también, si bien de manera menos explícita, SIEBER, en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, pp. 262 ss., 272, 278.

<sup>162</sup> Pues en el contexto de este planteamiento, frente a la opción alternativa que aboga por su consideración como delito de bien jurídico colectivo, es propiamente tal perspectiva, la que se inclina por estimar dichos supuestos como delitos de peligro abstracto, la que permite mantener como referencia valorativa el bien jurídico del delito principal.

<sup>163</sup> Véase *supra* 2.1.d.

es que buena parte de la doctrina así lo entiende<sup>164</sup> y ya sólo por eso creo que es preferible descartar esta forma de plantear la cuestión (delitos preparatorios vs. delitos de peligro abstracto).

Por otra parte, en referencia ahora a la segunda perspectiva mencionada (delitos de bien jurídico colectivo *vs.* delitos de peligro abstracto), debe tenerse en cuenta que si bien los delitos autónomos poseerán generalmente un objeto de tutela de naturaleza colectiva (el orden público, la paz jurídica, etc.), el delito preparatorio, que constituirá siempre, de acuerdo con lo expuesto, un tipo de peligro, podrá tener un bien jurídico de titularidad individual o colectiva. Piénsese, por ejemplo, en el delito de fabricación o tenencia de útiles específicamente destinados a la comisión de falsedades (art. 400 CP). Entendido como delito autónomo lo sería contra un bien jurídico colectivo (ya fuera la “paz jurídica” o la propia seguridad del tráfico jurídico<sup>165</sup>), pero si se concibiera como delito preparatorio también sucedería así: estaríamos en tal caso ante un tipo que, en tanto que facilita/prepara la comisión de un futuro delito contra la seguridad del tráfico jurídico, pondría en peligro abstracto dicho bien jurídico – colectivo –<sup>166</sup>. En otras palabras: oponer delito de bien jurídico colectivo (por autónomo) y delito de peligro abstracto (por preparatorio) puede dar entender que en el segundo caso el tipo habrá de tener *necesariamente* un bien jurídico no colectivo –es decir, de titularidad individual– y esto ya hemos visto que no es así.

Cabe concluir, por tanto, lo siguiente: las clasificaciones anteriores enfrentan como si fueran recíprocamente excluyentes extremos que no lo son (el carácter abstracto del peligro para el bien jurídico, la naturaleza preparatoria del tipo y la titularidad colectiva del objeto de tutela). La consideración de delito de peligro abstracto, que aparece como uno de los polos contrapuestos en los dos casos estudiados, resulta compatible tanto con los tipos preparatorios como con los delitos contra bienes jurídicos individuales y colectivos<sup>167</sup>. Y a su vez, como se ha razonado, los tipos preparatorios pueden tener un bien jurídico de titularidad individual o colectiva. Se está haciendo mención, pues, a aspectos ciertamente distintos (la clase de peligro para el bien jurídico, la fase del *iter criminis* en que incide la conducta o la naturaleza, individual o colectiva, del bien jurídico) pero no estancos o antagónicos, que es lo que parecen sugerir tales planteamientos. Por todo ello creo que resulta más preciso reflejar la citada dicotomía en términos de infracciones que tipifican actos preparatorios –que siempre serán de peligro y referidos a un bien jurídico que podrá ser individual o colectivo– *vs.* infracciones autónomas, que en cuanto tales tendrán un injusto desvinculado de las concretas afectaciones al bien jurídico del delito-fin y cuyo objeto de tutela – en este caso sí – será generalmente de titularidad colectiva y además muy etéreo.

<sup>164</sup> Véase *supra* nota 79. De hecho los términos en que, según se acaba de explicar, expone la cuestión un sector de la doctrina alemana es prueba de ello.

<sup>165</sup> Si bien aquí el bien jurídico “seguridad del tráfico jurídico” adquiriría contornos (aún) más genéricos, pues el injusto desde este prisma quedaría independizado –en teoría– de las específicas falsedades que se puedan perpetrar en el futuro mediante aquellos instrumentos.

<sup>166</sup> Destaca también que los tipos que elevan actos preparatorios a la categoría de delitos pueden afectar a bienes jurídicos individuales o colectivos, PUSCHKE, *InDret*, (4), 2010, p. 5.

<sup>167</sup> Véase, en cuanto a esto último, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 299 ss.

### 3. *Ámbito de extensión de los delitos de preparación en el Derecho positivo español*

Una vez delimitados su concepto y naturaleza, y atendiendo a las notas que –según ha quedado expuesto– los caracterizan, ya es posible comprobar el alcance de los delitos de preparación en el ordenamiento vigente.

No se pretende recoger aquí un catálogo exhaustivo de todos y cada uno de los supuestos de la Parte Especial que cabe englobar en esta categoría, pero sí dibujar el mapa de los actos preparatorios del Libro II de nuestro Código penal de forma lo suficientemente precisa como para que, a partir de ahí, se puedan extraer conclusiones fundadas sobre cuál es el grado de extensión de los delitos de preparación en el Derecho penal español. Y a este respecto, lo primero que cabe constatar es que es posible encontrar infracciones preparatorias en terrenos delictivos de elevada gravedad, pero también de gravedad media e incluso baja.

En el marco de la delincuencia más grave son sin duda los delitos de terrorismo los que aglutinan mayor número de tipos preparatorios. Al margen ahora de los ilícitos relativos a organizaciones y grupos terroristas (arts. 571 y 572 CP), cabe destacar aquí la sanción, con penas de hasta cinco años de prisión, de conductas consistentes en recibir o facilitarse a uno mismo adoctrinamiento o adiestramiento con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo acciones terroristas<sup>168</sup>, comportamientos típicos que alcanzan también al que acceda de manera habitual, y con la misma finalidad, a contenidos accesibles a través de internet que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar o a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”, o al que, igualmente con el citado objetivo, adquiera o tenga en su poder dicha clase de materiales (art. 575.1 y 2 CP). Similar pena se asigna a quien persiguiendo idénticos fines “o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos” de terrorismo, “se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista” (art. 575.3 CP), mientras que el castigo puede llegar hasta diez años de prisión en el caso de que “por cualquier medio, directa o indirectamente, (se) recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” (art. 576.1 CP)<sup>169</sup>. De la misma forma que si se lleva a cabo, recaba o facilita “cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer

<sup>168</sup> La ley habla, concretamente, de recibir o de llevar a cabo por sí mismo y con la referida intención actividades de “adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de algunas de tales infracciones”.

<sup>169</sup> El art. 576.4 CP prevé además, en relación con estas conductas, lo que cabría calificar como una suerte de cooperación *¡por omisión e imprudente!* en un acto preparatorio (de hecho propio o ajeno –en este último caso se podría hablar también de una cooperación, por omisión e imprudente, en una tentativa de cooperación–) al inculpar, con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para aquéllas, al “que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1”.



cualquiera de los delitos” de terrorismo (art. 577 CP)<sup>170</sup>, llegando a tipificarse incluso la realización de tales comportamientos mediante imprudencia grave (art. 577.3 CP)<sup>171</sup>.

Propiamente, en este último supuesto no es posible hablar ya de delito preparatorio pues tal categoría, como es sabido, exige dolo, y no solo eso sino también un elemento subjetivo que trascienda a la conducta típica y que debe alcanzar a la consumación del delito principal. La preparación delictiva resulta por eso conceptualmente incompatible con la imprudencia<sup>172</sup>. Sin perjuicio de ello, lo que es obvio es que tipificando estas conductas en su modalidad imprudente se adelanta *todavía más* la barrera de intervención punitiva<sup>173</sup>. Desde la finalidad de subrayar de modo gráfico este hecho se debe entender la calificación que hace PAREDES CASTAÑÓN del tipo del art. 577.3 CP como “acto preparatorio imprudente”<sup>174</sup>.

De manera añadida a todo lo anterior, el art. 578 CP tipifica la ya reiterada figura de enaltecimiento o justificación públicos de delitos terroristas o de quienes hayan participado en su ejecución, y el art. 579. 1 y 2 CP castiga a quien “por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión” de algún delito de terrorismo<sup>175</sup> y de quien “públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros” a su comisión o “solicite a otra persona que los cometa”; todo lo cual no es óbice para que a renglón seguido se sancionen también “los demás actos de provocación, conspiración y proposición” para cometer esos mismos delitos (art. 579.3 CP).

Tales actos preparatorios definidos en los arts. 17 y 18 CP no se castigan en relación con ninguno de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Sí se incriminan, no obstante, otras conductas preparatorias de hecho propio y/o ajeno como las que integran el delito de ciberacoso o *grooming* del art. 183 ter.1 CP, a cuyo contenido ya se ha hecho referencia anteriormente a lo largo de este trabajo; o el del art. 183 ter.2 CP, que castiga al que “a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor”.

<sup>170</sup> El precepto declara que, “(e)n particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior” (art. 577.1.2º CP). La responsabilidad se agrava cuando tal información o vigilancia de personas ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, añadiéndose —lo que resulta significativo en este contexto— que “(s)i se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos” (art. 577.1.3º CP). Y asimismo se extiende el castigo de manera expresa a “quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” y a “los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573 (de terrorismo), con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello” (art. 577.2).

<sup>171</sup> En este caso las sanciones previstas son prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses.

<sup>172</sup> Véase sobre el tema *supra* 2.1.b.

<sup>173</sup> Véase CUERDA ARNAU, «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª ed., 2016, pp. 775 s.

<sup>174</sup> PAREDES CASTAÑÓN, «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», *Anatomía do Crime*, (4), 2016, p. 43.

<sup>175</sup> Sobre las dudas que cabe plantear en torno a la naturaleza preparatoria del tipo delictivo previsto en el art. 579.1 véase lo apuntado *infra* 4.1.

En este último caso el delito-fin vendrá constituido por alguno de los comportamientos típicos del art. 189 CP, ya sea 1) del párrafo primero a) (si, por ejemplo, los actos de embaucamiento al menor estuvieran orientados a que éste se mostrara desnudo directamente ante una *webcam*, por cuanto en tal supuesto se trataría de una preparación de la conducta de utilización del menor con fines exhibicionistas o pornográficos), 2) del párrafo primero b) (si el objetivo del autor residiera en que el menor facilitara fotos pornográficas de otro menor —posibilidad que, entre otras, acoge el tenor literal del art. 183 ter.2 CP al referirse genéricamente a las imágenes en las que “aparezca un menor”—, en cuyo caso cabría hablar de la preparación de una distribución o exhibición de pornografía infantil), o 3) del párrafo quinto (si lo que pretendiera el autor fuera conseguir el envío de fotos o imágenes pornográficas ya tomadas previamente y no que el menor se expusiera en vivo o directamente ante una cámara al objeto del espectáculo exhibicionista o la elaboración de material pornográfico, no se podría entender que se persigue la *utilización* del menor a que se refiere el tipo del art. 189.1.a] CP<sup>176</sup> pero cabría estimar entonces que estamos ante una preparación de la posesión de pornografía infantil para el propio uso que tipifica el citado art. 189.5 CP, o incluso ante una preparación de la posesión preordenada a la distribución de pornografía infantil sancionada en el art. 189.1.b] CP, siempre que tal cometido fuera abarcado por el elemento subjetivo del autor)<sup>177</sup>.

Igualmente es posible considerar preparatorio, a mi juicio, el comportamiento consistente en *captar* a un menor con fines exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase material pornográfico (art. 189.1.a] CP) —en la medida en que se entienda abarcada por el tipo la mera captación no seguida de la efectiva utilización ulterior del menor en ese género de actividades<sup>178</sup>, de tal modo que operaría como preparación respecto de estas últimas conductas típicas (las de efectiva utilización del menor con finalidades exhibicionistas o pornográficas) que se recogen en el mismo inciso—, y en todo caso, aquí sin lugar a discusión, la mera *posesión* de pornografía infantil orientada a su venta, difusión o exhibición por cualquier medio (art. 189.1.b] CP).

En el título de los delitos de lesiones, el art. 156 bis CP prevé penas que pueden llegar hasta doce años de prisión (!) para quienes, entre otras conductas, “promuevan” o “publiciten” la obtención o

<sup>176</sup> Véase CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, p. 1023.

<sup>177</sup> La dicción legal del art. 183 ter.2 CP, al definir las finalidades a las que debe ir dirigida la conducta de embaucamiento del menor, si bien, por un lado, alude a la muestra de “imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor”, se refiere también, por otro, a la obtención de “material pornográfico” en general, sin especificar que éste sea infantil. Aunque, a partir de lo dicho, una interpretación estrictamente literal admitiría incluir asimismo en el tipo el embaucamiento orientado a facilitar pornografía de adultos (y en tal caso no existiría hecho tipificado penalmente que pudiera operar como delito-fin del tipo preparatorio), es de todo punto aconsejable una interpretación que, en atención a razones sistemáticas y teleológicas, deje estas hipótesis fuera del ámbito de tipicidad del art. 183 ter.2 CP. Por otra parte, igualmente se debe matizar que en lo que hace a los supuestos de hecho que, dentro del marco de relevancia típica delimitado por el art. 183 ter.2 CP, estén dirigidos a lograr la conducta de utilización del menor con fines exhibicionistas o pornográficos que contempla el art. 189.1.a) CP, y dado que este precepto comprende también el comportamiento de mera *captación* del menor con dicha finalidad, cabría hablar ya de una tentativa (los actos de contacto con el menor y de subsiguiente embaucamiento enderezados a tal fin, es posible considerarlos ya, efectivamente, como inicio de la ejecución de la acción de captación a la que se refiere el art. 189.1.a] CP); no así el resto de casos que, de acuerdo con lo explicado, pueden encontrar cabida en el art. 183 ter. 2 CP y en los que, en los términos razonados, estaríamos ante la preparación de los diversos delitos mencionados —art. 189.1.b) o 189.5 CP—. De otra opinión, estimando que el art. 183 ter.2 CP en su conjunto tipifica conductas de tentativa, y que en esa medida la introducción de este precepto por la reforma de la LO 1/2015 no implica una ampliación de la esfera de punición con respecto a la situación anterior, RAMOS VÁZQUEZ, «*Grooming y sexting: artículo 183 ter CP*», *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., 2015, pp. 625 s.

<sup>178</sup> Tal es la interpretación que se sigue del Preámbulo de la LO 5/2010 en virtud de la cual se introdujo la modalidad típica examinada. Véase sobre ello, AGUADO LÓPEZ, en BOIX REIG (dir.), *PE*, t. I, 2ª ed., 2016, pp. 444 s, o asimismo, asumiendo dicha exégesis, entre otros, ORTOS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª ed., 2016, p. 252.

el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos, lo que se puede entender, según ha observado CARBONELL MATEU, como “un brusco adelanto de la barrera de protección” que eleva a delito consumado “lo que en puridad son actos preparatorios o de precomplicidad”<sup>179</sup>.

Tampoco la delincuencia patrimonial y socioeconómica escapa a la utilización de delitos preparatorios. El art. 248.2.b) CP, por ejemplo, considera reos de estafa a “(l)os que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas” reguladas en el mismo precepto. El art. 264 ter CP castiga acciones muy similares relativas en este caso a la facilitación de los delitos de daños informáticos<sup>180</sup>. Por su parte, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial constituyen un exponente singularmente ilustrativo del recurso a las figuras preparatorias por cuanto ofrecen un amplio —y farragoso— catálogo de conductas de dicha naturaleza, que en algunos casos rozan o bien directamente se adentran ya en el terreno de la tentativa, y que demuestran un decidido celo del legislador en la tipificación de actuaciones pertenecientes a fases tempranas del *iter criminis* en este ámbito delictivo<sup>181</sup>. Asimismo entiendo que obedecen a una configuración preparatoria, de acuerdo con la

<sup>179</sup> “(S)in distinguir adecuadamente formas de participación ni grados de ejecución”, y considerando el citado autor que debe entenderse asimismo abarcada por el tipo la propia conducta de trasplante de órganos (CARBONELL MATEU, «Lesiones», en GONZÁLEZ CUSSAC [coord.], *PE*, 5ª ed., 2016, p. 119). Es verdad que existen algunas razones que abogarían por una interpretación del art. 156 bis CP como delito autónomo (contra la salud pública). En el sentido destacado por FELIP I SABORIT, «Tráfico de órganos», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pp. 843 ss., la afectación a la salud individual derivada de esta clase de lesiones —las que se concretan en la extracción de un órgano dirigido a su trasplantación ilegal— queda ya cubierta por los genéricos delitos de lesiones, y en particular por los de los arts. 149 y 150 CP; y puede servir también como argumento en esta línea el hecho de que la penalidad de los actos preparatorios previstos en el art. 151 CP para las lesiones dolosas sea en general mucho menor que la que se atribuye a los comportamientos del art. 156 bis CP (algunos de los cuales, desde la tesis interpretativa que cifra su objeto de tutela en la salud individual, equivaldrían a tentativas de cooperación; esto es, irían más allá de los estrictos actos de conspiración, proposición y provocación a los que se refiere el art. 151 CP). Con todo, me parece preferible concebir el art. 156 bis CP, del modo en que sugiere su ubicación sistemática: en términos de ofensa contra la salud e integridad individuales, y en concreto, en lo que aquí interesa y por las razones explicadas *supra* (2.3.c), interpretar algunos de sus supuestos típicos como delitos preparatorios conectados a la lesión de dicho bien jurídico antes que como delitos con un desvalor independiente. Al margen de la extensión típica a la que, según creo, conduciría una asunción coherente de dicha exégesis del tipo como delito autónomo —y en esa medida desvinculado del peligro derivado de las concretas acciones de trasplante de órganos para la salud individual de las personas— cabría subrayar también que, en el plano concursal, considerar el art. 156 bis CP desde esa perspectiva habría de llevar a que comportamientos preparatorios como la proposición/promoción de un trasplante de órganos se castigara simultáneamente —y en atención al diverso bien jurídico implicado— por las dos vías, con la consiguiente imposición de la pena prevista en el art. 151 CP en relación con los arts. 149/150 CP, de un lado, y de manera añadida, la de art. 156 bis CP —que, insisto, es de seis a doce años de prisión—, de otro; del mismo modo que, también desde ese planteamiento, si llegara a realizarse la efectiva extracción del órgano correspondería apreciar un concurso entre el delito de lesiones que resultara aplicable al caso concreto y el del art. 156 bis CP.

<sup>180</sup> En concreto, al que “sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos” de daños informáticos: a) “un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores”; o b) “una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”.

<sup>181</sup> Ejemplo significativo a este respecto es el art. 270.6 CP, que castiga a quien “fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial, cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras” (...). Una factura similar presentan desde este punto de vista las conductas penadas en el extenso art. 270.5 CP; no sólo las de los apartados c) y d), que se refieren asimismo a las medidas tecnológicas de protección —tipificándose en este caso acciones directas de eliminación o de elusión de las mismas—, sino también, a mi juicio, las contenidas en los dos primeros apartados, como las de exportar o almacenar obras sin autorización y con vistas a ser distribuidas o comunicadas

delimitación de esta clase de infracciones realizada en la primera parte del trabajo, algunas de las conductas típicas contempladas en el art. 286 CP como por ejemplo la de facilitar el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva (...) mediante la fabricación, importación, o posesión de equipos o programas informáticos no autorizados diseñados o adaptados para hacer posible dicho acceso.

Por lo que se refiere a las falsedades, los tipos de preparación más notorios son los previstos en el art. 386.2.2º CP, que castiga la “tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación”, y en el art. 400 CP, que alberga una cláusula de amplio espectro en virtud de la cual se incriminan comportamientos preparatorios de la totalidad de las modalidades típicas falsarias (tanto las relativas a la moneda y efectos timbrados cuanto a las documentales) al establecerse –en la redacción ahora vigente, que fue modificada en sentido (todavía más) extensivo por la LO 1/2015– que la “fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”.

Obsérvese que en este último caso el castigo de los delitos de preparación se equipara al de los delitos-fin o preparados. Paradójicamente, las conductas preparatorias relativas a la falsificación de moneda descritas en el art. 386.2.2º CP, aunque en general resultan más cercanas a la lesión del bien jurídico que aquellas otras, tienen asignada una pena inferior en uno o dos grados a la del delito de referencia. Es decir, la “recepción” de un aparato con miras a la fabricación de una determinada cantidad de moneda falsa se puniría más gravemente –y no se olvide que hablamos aquí de una pena que puede llegar hasta los doce años de prisión– que la tenencia de la moneda ya falsificada y orientada dicha posesión a la expendición, distribución o puesta en circulación de la referida moneda. Por otra parte, el tenor literal del art. 400 CP es tan amplio y la remisión que incluye tan genérica que en teoría abarcaría incluso hipótesis como la tenencia de medios dirigida a cometer el reiterado delito preparatorio de falsificación de moneda del art. 386.2.2º CP. Por ejemplo, la posesión de recipientes (cajas de seguridad) específicamente ideados para el –resguardado y disimulado– almacenamiento de la moneda falsa (lo que constituiría “tenencia” en los términos del art. 386.2.2º) con la idea llevar a cabo ulteriormente su distribución. Esto es, se estaría castigando así –y con pena que en este caso podría oscilar entre dos y ocho años menos un día de prisión– la *tenencia orientada a la tenencia* (preparación de la preparación).

El art. 368 CP, en el marco de los delitos contra la salud pública, es otro supuesto que tradicionalmente se ha configurado en clave de adelantamiento de la línea de defensa penal a través de la tipificación de algunos comportamientos preparatorios. Aquí quizás el más evidente sería el de posesión de drogas tóxicas o estupefacientes preordenada al tráfico pero también admitirían tal calificación, por ejemplo, el cultivo o la elaboración de tales sustancias, que para que resulten típicos habrán de estar igualmente orientados al tráfico o a otras conductas de favorecimiento del consumo ilegal de terceros –como la donación– que quedan asimismo comprendidas en la esfera típica del art. 368 CP. Y en la misma línea cabe señalar el delito del art.

---

públicamente, que cobran sentido en tanto que preparación de los actos propiamente de explotación (como la distribución) y que en esa medida representan un peligro (solo) mediato para el bien jurídico, cuya lesión queda sujeta a la verificación de esa otra actuación ulterior. Algo similar cabría decir de la modalidad típica de reproducción recogida en el art. 270.1 CP (véase en esta línea, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., 2015 p. 859). Del mismo modo es posible afirmar el carácter preparatorio de los supuestos sancionados en el art. 274.2.2º CP o de algunos de los comportamientos típicos del art. 274.4 CP.

371 CP, que incrimina conductas relativas a precursores, como la fabricación, transporte, distribución, comercio o posesión de determinados equipos, materiales o sustancias “a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas” o sustancias asimiladas, lo que, así las cosas, podría verse como el acto preparatorio de un acto preparatorio. Pese a ello el art. 373 CP castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los citados delitos.

El art. 475 CP, ubicado en el título de los delitos contra la Constitución, castiga con la pena de cinco a diez años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años a “los que sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión”, declarándose a renglón seguido que si la rebelión llegara a tener efecto se habría de castigar a tales sujetos como promotores de la misma con la pena del art. 473 CP. Sin perjuicio de que también resulten aplicables a la misma –*ex* art. 477 CP– las figuras previstas en los arts. 17 y 18 CP, asimismo cabe considerar un tipo preparatorio de dicho delito el regulado en el art. 592.2 CP –en sede de “delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado” – consistente en el mantenimiento de inteligencia o relación con Gobiernos extranjeros o con otros Organismos o Asociaciones internacionales con la intención de provocar una rebelión<sup>182</sup>.

Los denominados delitos de pertenencia u organización como, entre otros, el de asociación ilícita del art. 515.1 CP o los de organizaciones y grupos criminales de los arts. 570 bis ss. CP y de organizaciones y grupos terroristas de los arts. 571 y 572 CP, ya hemos visto que admiten también ser englobados en este contexto. La naturaleza de esta modalidad de infracciones resulta, ciertamente, muy polémica<sup>183</sup>, si bien, en mi opinión, y de acuerdo con las consideraciones expresadas en páginas anteriores a propósito de la discusión general sobre el dilema entre delitos preparatorios y delitos autónomos, es preferible su comprensión como delitos de preparación<sup>184</sup>.

Otros ejemplos, en un rango de gravedad inferior y en referencia a ámbitos delictivos diversos a los hasta ahora aludidos, que resultan a mi juicio igualmente reconducibles a la estructura del delito de preparación son los tipos de los arts. 320, 322 y 329 CP, en los que se castigan conductas facilitadoras de la comisión delitos urbanísticos, contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente respectivamente, más allá del delito de prevaricación (específica) que también

---

<sup>182</sup> Tal precepto se remite, en lo que aquí respecta, a las penas de los arts. 473 o 475 CP “según los casos”, es decir, en función de si la conducta fuera seguida o no de la efectiva rebelión.

<sup>183</sup> Véase, por todos, CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, *passim*.

<sup>184</sup> Véase *supra* 2.3.c.

constituyen<sup>185</sup>. O asimismo el delito consistente en *prestar* a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección para la práctica de la mendicidad (art. 232.1 CP)<sup>186</sup>.

Por lo demás, la reforma penal de 2015 ilustra bien por sí sola hasta qué punto el legislador contemporáneo apuesta por el adelantamiento de la frontera de la punibilidad a través de la técnica de los delitos de preparación. La LO 1/2015, en efecto, remodela significativamente al alza esta clase de infracciones en ámbitos como el del terrorismo, la libertad sexual, la propiedad intelectual e industrial o en las falsedades, con los resultados que en todos esos casos ya han sido expuestos. Pero además introduce delitos preparatorios de nuevo cuño, como el de producción o facilitación de instrumentos para cometer daños informáticos (art. 264 ter CP), o también, y entre otros, el regulado en el art. 197 ter CP, muy similar al anterior pero referido en este caso a la preparación de delitos contra la intimidad; o, de manera muy señalada, en el ámbito de los desórdenes públicos, al castigar con la misma pena que al autor del delito consumado a quienes “actúen sobre el grupo o sus individuos incitándoles” a realizar las acciones descritas en el tipo básico de desórdenes públicos o “reforzando su disposición a llevarlas a cabo” (art. 557.2 CP), o, con una penalidad ya inferior, “la distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de algunos de los delitos de alteración del orden público del art. 557 bis” (tipo agravado de desórdenes públicos) o “que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo” (art. 559 CP)<sup>187</sup>. Por citar un último ejemplo: la reforma de 2015 deja también su impronta preventiva en los delitos de provocación al odio y a la discriminación, penando actuaciones de índole preparatoria en un marco en el que la línea de intervención punitiva se encuentra ya de

<sup>185</sup> Es decir, se trataría de comportamientos que además de ofender la legalidad en el ejercicio de la función pública o el correcto funcionamiento de ésta —y de ahí que se castiguen con la pena de la prevaricación del art. 404 CP, a la cual se remiten los tres preceptos indicados—, se tipifican, explicándose así la sanción específica prevista en estos artículos, por razón de la facilitación que representan del ulterior delito urbanístico, contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente, y del consiguiente peligro que en esa medida implican para sus respectivos bienes jurídicos (peligro, que como resulta característico en los actos preparatorios, es de carácter mediato, porque en ningún caso se puede derivar directamente de aquellas conductas la lesión para el objeto de tutela, sino que será necesario a tal efecto una actuación posterior, en concreto la ejecución de los referidos delitos-fin). De acuerdo con esta concepción, la conducta prevaricadora del art. 320 CP habrá de facilitar la aparición de un delito contra la ordenación del territorio y no de un mero ilícito administrativo (respecto a esto último, es de la misma opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª ed., 2016, p. 549). Y algo similar cabe decir de los arts. 322 y 329 CP, en los que la prevaricación habrá de servir siempre a la subsiguiente comisión de un ilícito penal, y así las cosas, toda vez que su tipificación adquiere sentido —al menos en parte— por el aumento del peligro de realización de los delitos contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente —que actúan aquí como delitos-fin—, es posible considerarlas infracciones preparatorias de tales ilícitos. Desde este punto de vista se sigue entonces una restricción del marco de tipicidad de estas figuras; además de por lo dicho, porque, en tanto que preparatorias, requerirán la prueba del consabido elemento subjetivo referido a la consumación del correspondiente delito-fin. No será necesaria en cambio, con carácter general, la efectiva realización —ni el inicio de ejecución— de este último, siempre, de nuevo, que se conciban tales supuestos como preparatorios (o, si se quiere, y dado que hablaríamos aquí de una preparación de hecho ajeno, como incriminación de una participación intentada).

<sup>186</sup> Véase, destacando que la consumación de este delito se produce con el mero hecho de prestar al menor, sin que sea preceptivo que se alcancen los objetivos perseguidos, CARBONELL MATEU, «Delitos contra las relaciones familiares», en GONZÁLEZ CUSSAC, *PE*, 5ª ed., 2016, p. 325. Entiendo que esta conducta es preparatoria de la modalidad típica de utilización del menor para la práctica de la mendicidad que se recoge en el mismo precepto.

<sup>187</sup> Lo que el legislador ha querido tipificar en los arts. 557.2 y 559 CP son formas de provocación —consistentes en tentativas de inducción colectiva e incluso en tentativas de complicidad psíquica— de los delitos de desórdenes públicos, si bien con una técnica legislativa más que discutible, que plantea numerosos problemas interpretativos de diverso orden (de entrada, el de la propia delimitación típica entre ambas figuras delictivas). Puede verse un análisis crítico de estos nuevos tipos en ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 361 ss.

entrada notablemente avanzada. El art. 510.1.b) CP castiga, entre otras conductas, las de *producir, elaborar o poseer con la finalidad de distribuir* escritos o cualquier otra clase de material que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación, o violencia contra un grupo de personas o contra una persona determinada por motivos racistas, antisemitas, etc. La infracción principal o delito-fin está constituida aquí por el tipo de provocación a la discriminación del art. 510.1.a) CP, a cuya preparación sirven efectivamente las citadas conductas de producir, elaborar o poseer con la finalidad de distribuir tales materiales de carácter incitador. La nueva formulación legal de dicho delito (art. 510.1.a] CP) aboca, según se suele concluir resignadamente, a entender que se trata de una infracción autónoma, cuyo injusto se cifra en la mera *promoción* de un “clima favorable a la potencial realización de actos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos”<sup>188</sup>; de forma que es respecto de esta perspectiva de tutela —ya de suyo, como decía, adelantada— que se anticipa a través de los comportamientos típicos reseñados el límite de la punibilidad<sup>189</sup>. El art. 510.2.a) CP prevé similares conductas —producir, elaborar, poseer para distribuir— que en este caso tienen como objeto material escritos u otros materiales de contenido idóneo para lesionar la dignidad de las personas con base en razones discriminatorias, y que cabe considerar preparatorias del tipo previsto en el mismo inciso y consistente en la lesión de la dignidad humana mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito relacionadas con esa misma motivación discriminatoria<sup>190</sup>.

### 3.1. Delitos preparatorios: la excepción que desvirtúa la regla

El recorrido hasta aquí realizado por el Derecho positivo español muestra un radio de extensión de las figuras delictivas que responden a una estructura preparatoria ciertamente llamativo, tanto en lo que respecta a su número cuanto a la naturaleza y gravedad de los ámbitos delictivos abarcados. La dimensión de este fenómeno pasa en cierto modo desapercibida, seguramente por la dispersión de los tipos preparatorios a lo largo de la Parte Especial y también porque, como veíamos, aquéllos quedan a veces encubiertos bajo la apariencia de delito autónomo; pero de esa forma discreta se van extendiendo, gradual e implacablemente, cual mancha de aceite en el agua, por nuestra legislación penal.

Sobre esa base, sobre la base de la ya verificada expansión de los delitos de preparación, creo que es posible cuestionar fundadamente el carácter residual que se suele atribuir al castigo de los actos

<sup>188</sup> ALASTUEY DOBÓN, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *RECPC*, (18-14), 2016, pp. 17 ss. Se independiza por tanto definitivamente de la provocación —en tanto que acto preparatorio— y su castigo no se puede justificar ya a partir del incremento del riesgo de comisión de los diversos delitos en que pudieran desembocar las provocaciones al odio, hostilidad, discriminación o violencia realizadas. Por cierto que, contemplado el tipo del art. 510.1.a) CP como forma de provocación delictiva —algo sin embargo que, como se ha dicho, resulta poco viable a la luz de su actual configuración legal—, las conductas en análisis, que son preparatorias del delito anterior, comportarían una preparación de la preparación.

<sup>189</sup> El resto de conductas a las que se refiere el art. 510.1.b) CP —facilitar a terceras personas el acceso a los citados materiales provocadores, distribuirlos, difundirlos o venderlos— creo que pueden verse —e interpretarse— ya como ejecutivas del acto de fomento o incitación al odio y, en consecuencia, como modalidades específicas de tentativa —si no directamente como modalidades específicas sin más (consumadas)— del tipo del art. 510.1.a) CP.

<sup>190</sup> También aquí, igual que en el supuesto anterior, los hechos de facilitar a terceras personas el acceso a dichos escritos, distribuirlos, difundirlos o venderlos es posible entender que suponen ya ejecución de la acción lesiva para la dignidad humana tipificada en el primer inciso del propio art. 510.2.b) CP (la pena prevista es en cualquier caso la misma para todos ellos, incluidos los que forman parte del tipo principal).

preparatorios en nuestro ordenamiento. Naturalmente que no se está negando con ello que el sistema de *numerus clausus* que establece el CP actual respecto de la sanción de la conspiración, la proposición y la provocación comporte una significativa restricción de la criminalización de conductas preparatorias frente al sistema de incriminación general que regía por ejemplo en el Código de 1944/1973 (o que rige en la regulación vigente en relación con la tentativa)<sup>191</sup>; ni tampoco se pone en duda que siga siendo minoritario el número de tipos de la Parte Especial que implican —desde un punto de vista material— el castigo de actos preparatorios. Sencillamente se quiere destacar que la incriminación de esta clase de conductas no es tan excepcional en nuestro Derecho como se acostumbra a afirmar. Y es sólo en ese sentido en el que cabe entender que la excepción, por la dimensión que adquiere, *desvirtúa* de algún modo la regla —de impunidad de los actos preparatorios—. Por otra parte, lo dicho creo que aconseja relativizar también el criterio que, como se recordaba al principio del trabajo, viene asociando desde JIMÉNEZ DE ASÚA las convicciones liberales de un Código penal a su sistema de punición de la conspiración, la proposición y la provocación, debiendo integrarse en el tan invocado “termómetro” de dichas tendencias liberales al que se refería el citado autor el conjunto de los actos preparatorios tipificados penalmente. El programa político-criminal de raíz garantista que, en efecto, representa una regulación restrictiva de la preparación delictiva se queda en mera apariencia si, a la vez que se limita en la Parte General el castigo de aquellos actos preparatorios (la conspiración, la proposición y la provocación), se extiende por la puerta de atrás de la Parte Especial, y de manera tan manifiesta como hemos visto que ocurre en el momento presente, la criminalización de —en la mayoría de los casos otras, y en algunos parecidas— conductas preparatorias elevándolas a la categoría de delito. En suma, se puede decir que el nuestro es un sistema de incriminación de los actos preparatorios *limitada pero no tanto*, en el que se advierte una progresiva y hasta cierto punto indiscriminada utilización de dichas figuras que no responde a la pauta de excepcionalidad que sugiere *a priori* la regulación de la cuestión en la Parte General del Código penal y que comúnmente se expone como principio general de nuestra regulación punitiva.

Contemplado de esta forma global, al margen de si están tipificados en la Parte General o Especial del Código penal, el conjunto de actos preparatorios punibles habla entonces por sí solo de la medida (poco, o al menos, no tan) liberal del ordenamiento penal español. Pero antes de ir más allá en la valoración de la legitimidad de esta expansión desde la perspectiva de los postulados básicos de nuestro modelo de Estado, conviene detenerse algo más —aunque ya necesariamente de manera breve— en algunos aspectos que la caracterizan.

---

<sup>191</sup> Sin perjuicio de ello, no se puede perder de vista que el catálogo de infracciones en las que se prevé el castigo de la conspiración, la proposición y la provocación se ha ido asimismo ampliando, y que en particular la LO 1/2015 lo extiende a los delitos contra la Administración Pública (art. 445 CP) —título que abarca, como es sabido, un grupo bastante nutrido de ilícitos— y que igualmente en la citada Ley de reforma del Código penal se remodela la definición legal de la proposición para delinquir con vistas a dar entrada en su marco de tipicidad a un mayor número de conductas. Véase sobre esto último, LLABRÉS FUSTER, «La nueva regulación de la proposición para delinquir», *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 94 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pp. 315-316.



#### 4. Rasgos de la expansión de los delitos de preparación

##### 4.1. La inocuidad de las conductas. El castigo de la preparación de la preparación

Con base en las notas que, según hemos visto, definen los actos preparatorios, en particular su carácter pre-ejecutivo y a partir de ahí la lejanía con la lesión al bien jurídico y la naturaleza mediata del peligro para el mismo —cuya lesión exigirá necesariamente la realización de otros actos intermedios—, se suele partir de la premisa, de inspiración garantista, de que es preceptivo adoptar un criterio notablemente restrictivo en orden a la delimitación de su marco de incriminación. Y a este respecto, en términos más específicos, existe un acuerdo bastante generalizado acerca de que se debe tratar en todo caso de ámbitos delictivos graves, o mejor, que las conductas típicas estén referidas a la preparación de delitos (fin) suficientemente relevantes<sup>192</sup>, siendo asimismo frecuente aludir en este contexto a la especial peligrosidad que ha de caracterizar a los concretos comportamientos de preparación penados<sup>193</sup>.

Lo cierto es sin embargo que, como se ha podido comprobar en el apartado anterior, la punición de los actos preparatorios vía Parte Especial no se limita ni mucho menos a la criminalidad más grave ni a los supuestos más peligrosos. Adviértase que en algún caso la pena del delito principal es de seis meses a un año (art. 232.1 CP); que se tipifican conductas de preparación de delitos-fin de bien jurídico más que difuso y cuya tutela, ya en referencia al tipo consumado, resulta muy difícil de explicar desde el punto de vista del principio de ofensividad (delito de difusión de pornografía infantil del art. 189.1.b) CP o de posesión de dichos materiales para el propio uso del art. 189.5 CP)<sup>194</sup>; o que también se criminalizan comportamientos preparatorios de otros delitos de peligro abstracto —como es el caso del art. 510.1.b) CP, que sanciona actuaciones de preparación del tipo del art. 510.1.a) CP (delito de clima)—, de mera posesión (art. 400 en relación con el art. 386.2.2º CP) o de pertenencia (art. 578 en relación con el art. 572 CP). En estos últimos casos se trata del adelantamiento de la tutela penal respecto de hipótesis que castigan ya una mera peligrosidad abstracta.

Particularmente expresiva de esa tendencia a la *anticipación de la anticipación* de la barrera de protección punitiva son las conductas preparatorias referidas a infracciones principales que suponen en sí mismas el castigo de una preparación delictiva. Aunque se han citado previamente algunos ejemplos que lo reflejan, quisiera detenerme ahora un poco más en este fenómeno por cuanto lo considero ilustrativo de la escasa lesividad de los comportamientos que se pueden llegar

<sup>192</sup> Véase, entre otros, VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, p. 104; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 149 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pp. 312 s.; GRACIA MARTÍN, CDJ, (27), 1996; OHANA, *Can. J. L. & Jurisprudence*, (20), 2007, p. 139.

<sup>193</sup> Por ejemplo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 58, 64; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, p. 20; CANO PAÑOS, *CPC*, (102-3), 2010, p. 186. Véase también CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, *Teoría del delito* (2), 2009, p. 18, poniendo el acento en el hecho de que se trate de conductas externas *muy próximas* a la ejecución. Sobre otros argumentos utilizados para fundamentar el castigo de los actos preparatorios, véase FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 55 ss.

<sup>194</sup> Según vimos, en lo atinente a la primera de las figuras delictivas mencionadas, el mismo precepto contempla la conducta de posesión orientada a la venta, distribución, etc. Por su parte, el tipo del art. 173 ter.2 CP, como también fue explicado, engloba supuestos de hecho que podrían operar como acciones preparatorias del delito de posesión de pornografía infantil para el propio consumo previsto en el art. 189.5 CP (véase sobre ello, *supra* epígrafe 3).

a castigar por esta vía y porque muestra asimismo bien la ausencia de límites en general de la que hace gala el legislador en esta materia.

La punición de la preparación de la preparación no es un hecho anecdótico o absolutamente excepcional en nuestro Derecho penal. Ello resulta especialmente patente en el ámbito de los delitos de terrorismo. Entre otros ejemplos posibles: la actividad recaudatoria dirigida a financiar un acto de homenaje a un terrorista de naturaleza claramente apologético podría constituir un delito del art. 576 en relación con el art. 578 CP—de manera que sería con referencia a este última figura delictiva que se habría de valorar la peligrosidad de la conducta<sup>195</sup> y el elemento subjetivo trascendente del autor— y ser castigada entonces con la pena de cinco a diez años de prisión, habida cuenta de la genérica alusión a “cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” —lo que incluye el art. 578 CP— que contiene el art. 576 CP en orden a delimitar los delitos-fin de las conductas preparatorias que tipifica. De modo similar, la remisión general al conjunto de los delitos del capítulo que contiene el art. 575.3 CP admitiría aplicarlo, y sancionar en este caso con la pena de dos a cinco años de prisión, a quien se traslade a un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista con la intención de *recibir adiestramiento* para cometer cualquier delito de terrorismo (art. 575.1 CP) o de *recabar financiación* para actividades terroristas (art. 576 CP). O en fin, como se apuntaba antes, cabría referir también la apología —débil, no homologable a la provocación del art. 18 CP— del art. 578 CP, puesto que así lo contempla expresamente este precepto, a otros tipos preparatorios como el del art. 572 o el del 576 CP<sup>196</sup>. En todos esos casos, además, no es posible descartar el castigo de la provocación, la conspiración, la proposición y del resto de actos asimilados previstos en el art. 579 CP, lo que nos situaría ya en la *preparación de la preparación de la preparación*<sup>197</sup>(!).

Por mucho que estemos hablando de delitos extremadamente graves, y aun cuando se diera por bueno —algo que aquí no se hace— que la articulación de esta clase de medidas resulta rentable en términos de eficacia real para luchar contra el terrorismo, no es legítimo en un Estado de

<sup>195</sup> Es decir, se habría de valorar si aquélla aumenta el riesgo de comisión del enaltecimiento y no ya del delito que se pretenda enaltecer o justificar.

<sup>196</sup> O incluso a los de los arts. 197 ter o 264 ter CP en la medida en que las acciones que describen se cometan con algunas de las finalidades especificadas en el art. 573.1 CP, de acuerdo con lo establecido en el art. 573.2 CP, que convierte tales supuestos en delitos de terrorismo. De esta forma, en efecto, quedan también incluidos en la esfera del art. 578 CP —que sanciona la conducta de enaltecimiento o justificación en relación con los delitos regulados en “los artículos 572 a 577 CP”— y en la del resto de tipos preparatorios de terrorismo que se remiten genéricamente a “cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo”.

<sup>197</sup> Si, en referencia a uno de los ejemplos citados en el texto, un sujeto le propusiera a otro que se trasladara a una zona bajo control terrorista con el objetivo de recabar financiación para llevar a cabo un delito de terrorismo o ambos se pusieran de acuerdo entre sí para realizar conjuntamente esos mismos hechos (trasladarse a otro país, etc.). En realidad, a la luz de la regulación vigente, la cadena de preparaciones podría seguir prolongándose indefinidamente y resultar todavía —potencialmente— punible. Por ejemplo, si la obtención de dichos fondos en territorio extranjero estuviera destinada a la organización de actividades de enaltecimiento o justificación públicos de delitos de terrorismo o de campañas de captación de sujetos a efectos de que se incorporen a una organización o grupo terrorista o a la adquisición de programas informáticos a los que se refiere el art. 197 ter CP (en relación con el art. 573.2 CP). Lo pone también de relieve la STS, 2ª, 17.5.2017 (nº 354/2017), a tenor de la cual el art. 575.2 CP posibilita castigar como autor del delito de “autoadocctrinamiento” “en su modalidad consumada a quien tan solo se prepara o forma para cometer delitos que castigan a su vez actuaciones que, cuando se ejecuten, se desenvolverán también en el ámbito meramente preparatorio de delitos terroristas en sentido estricto, hasta extremos donde casi resulta viable entrar en bucle (*ad exemplum*: la provocación para la autocalificación para la difusión pública de mensajes que tengan como finalidad posibilitar el autoadocctrinamiento para difundir...)”.

Derecho un avance semejante, tan acusado y tan generalizado, de la línea de defensa punitiva<sup>198</sup>. Desde los presupuestos que, según mi concepción, impone un tal modelo de Estado, la justificación de una pena, al margen de cuál sea su potencial utilidad, requiere un mínimo de ofensividad de la conducta respecto del bien jurídico amenazado, también si se trata de actuaciones que sea posible ubicar en la órbita, más o menos amplia, de la delincuencia más seria. Y tal exigencia, según creo, es difícil sostener que se cumpla en términos generales cuando hablamos de comportamientos tan lejanos a la lesión al objeto de tutela, que en ocasiones requieren de tantos actos intermedios y que ofrecen un largo recorrido al autor para desistir de su empeño o para que simplemente el daño que en última instancia el legislador quiere evitar no llegue a producirse.

Lo afirmado resulta aún más evidente cuando la criminalización de estadios tan prematuros del *iter criminis* tiene lugar en relación con delitos de menor trascendencia. Esto último sucede, entre otros casos, en el art. 371 CP, que castiga actuaciones relacionadas con precursores que cabe considerar preparatorias del cultivo o la elaboración de drogas tóxicas —lo que a su vez, según quedó dicho, son preparaciones del tráfico de dichas sustancias o de otras conductas similares de favorecimiento directo del consumo ilegal ajeno, todas ellas contenidas en el art. 368 CP—<sup>199</sup>; o en el art. 559 CP que, aunque a primera vista sugiera otra cosa, al remitirse al art. 557 bis CP, que al propio tiempo se remite al art. 557 CP en bloque —también a su párrafo segundo, que tipifica comportamientos preparatorios del tipo básico de desórdenes públicos del art. 557.1 CP— admitiría, entre sus exégesis posibles, el castigo del reforzamiento del reforzamiento de la disposición a delinquir (lo que sería equivalente a una tentativa de complicidad psíquica en cadena)<sup>200</sup>.

Constituye asimismo, a mi juicio, un buen exponente de esta tendencia a la preterición de límites en el adelantamiento de la tutela penal el tipo del art. 579.1 CP, que sanciona al que por cualquier medio difunda públicamente mensajes o consignas “que tengan como finalidad o que” —por tanto, alternativamente— “por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión” de alguno de los delitos de terrorismo. La utilización de la conjunción disyuntiva “o” da a entender, en efecto, que bastaría con que el comportamiento de difusión de mensajes se acompañara de dicha intencionalidad incitadora aunque aquél estuviera desprovisto de cualquier peligrosidad objetiva ligada de manera directa a la comisión de futuros delitos (¿Derecho penal de voluntad?), o que por el contrario sería igualmente suficiente a efectos típicos que la referida acción resultara objetivamente peligrosa en ese sentido, sin necesidad en este caso de que concurriera un elemento subjetivo más allá del dolo relativo a la citada conducta. Desde esta comprensión del precepto —que por más que aquí no se comparta es la que mejor se compadece con su tenor literal— no se

<sup>198</sup> Véase aludiendo asimismo críticamente al castigo de la preparación de la preparación en el marco de los delitos terroristas, CANCIO MELIÁ, «Terrorismo», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2017*, 2016, pp. 1947 s., que habla a este respecto de “actos pre-preparatorios”, en referencia particularmente al tipo del art. 575.2.º CP; y asimismo CUERDA ARNAU, «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (una aproximación de urgencia)», en LA MISMA (dir.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, p. 488, remarcando, a propósito del nuevo art. 575 CP, que se pena el peligro del peligro abstracto y que estamos ante “un adelantamiento de la intervención penal extraordinario”. También CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999, pp. 283-284, censurando la punición de la preparación de delitos de peligro abstracto en general.

<sup>199</sup> Igualmente aquí, además, dado que el art. 373 CP prevé la conspiración, la proposición y la provocación en relación con las modalidades típicas del art. 371 CP, cabría hablar de la sanción de una suerte de *preparación al cubo*.

<sup>200</sup> Sobre ello, con más detalle, ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 387 y 377 ss.

trataría, en rigor, de un acto —o delito— preparatorio dado que se permitiría prescindir en todo caso de alguno de sus requisitos esenciales, ya sea del elemento de riesgo vinculado a la infracción principal —sin el cual no cabe hablar propiamente de una conducta preparatoria, pues ello exige según vimos, desde la concepción que aquí se mantiene, que ésta facilite el delito ulterior, incrementando el peligro de su comisión, hasta el punto de que se justifica en tales términos su punición—<sup>201</sup>, ya sea del asimismo imprescindible componente subjetivo trascendente, referido a la consumación del ulterior delito de terrorismo<sup>202</sup>.

Pese a que, como apunta la doctrina, las ya reiteradas particularidades de los tipos preparatorios —y en especial su lejanía respecto a la lesión del bien jurídico y todo lo que eso conlleva—, se deben *compensar* con requisitos típicos más exigentes, tanto en lo relativo al aspecto subjetivo como a la peligrosidad de la conducta<sup>203</sup>, parece claro que no es esa la senda que sigue nuestro legislador.

Es verdad —aunque esto no sea lo más importante— que no es el único. Por destacar sólo ahora algún ejemplo: recuérdese el delito de “preparación de actos terroristas” previsto en la *Terrorist Act 2006* (Section 5), que castiga a quien intervenga en “cualquier conducta preparatoria” dirigida a la comisión de acciones terroristas, lo que en principio da cabida a un amplio abanico de preparaciones posibles, con independencia de su mayor o menor cercanía con el inicio de la ejecución del delito principal<sup>204</sup>, o el § 89 a) StGB, que en su párrafo segundo, inciso tercero, incrimina una preparación de la preparación (la adquisición de materiales esenciales para la fabricación de armas —conducta tipificada a su vez en el inciso anterior del propio § 89 a).2.2 StGB—)<sup>205</sup>. Por su parte, la Directiva (UE) 2017/541 contempla, entre otros supuestos asimilables, el delito de viajar a un país extranjero a los fines de la comisión de diversas infracciones ya en sí mismas preparatorias (como por ejemplo la de adiestramiento, activo o pasivo, para el terrorismo) (art. 9), o el de

<sup>201</sup> Dicho de otra forma, y en alusión al concreto tipo en análisis: no puede decirse que la difusión pública de mensajes o consignas es preparatoria de una acción terrorista si aquella, pese a estar dirigida a ello, no resulta objetivamente idónea para incitar a su comisión, o, lo que es lo mismo, sin que tales mensajes o consignas “por su contenido, sean idóneos para incitar a otros” a llevar a cabo el delito principal.

<sup>202</sup> Similares consideraciones son aplicables al art. 577.2, que asigna una pena de hasta diez años de prisión a “quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, *que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea* para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” (cursiva añadida); y en parte también al art. 575.2.2º y 3º, pues si bien en este supuesto, a diferencia de lo que sucede en el anterior, existe una referencia adicional a la intencionalidad, exigiéndose que la conducta esté animada en todo caso por la finalidad de capacitarse para la comisión de delitos de terrorismo —lo que permite asegurar el elemento subjetivo del injusto distinto al dolo que, como se razonó en su momento, deviene necesario en todo acto preparatorio—, sería no obstante posible, a la luz de su tenor literal, punir comportamientos de “autoadoctrinamiento” no peligrosos (consistentes, en concreto, en acceder habitualmente a contenidos o en adquirir o poseer materiales que estén orientados a incitar a la incorporación de una organización terrorista o a colaborar con ésta o en sus fines aunque *no* resulten idóneos a tal fin).

<sup>203</sup> Véase, por todos, SIEBER, en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, pp. 268 ss.

<sup>204</sup> Véase ZEDNER, «Terrorizing Criminal Law», *Crim. Law and Philos.*, (8), 2014, p. 114, denunciando con razón que semejante definición del *actus reus* —“any conduct”— otorga un peso insólito a la intención preparatoria del autor y abona el terreno para la creación de un delito de pensamiento (“*thought crime*”). También parece posible aplicar el ya aludido —y amplísimo— *encouraging or assisting crime* regulado en la *Serious Crime Act 2007* (Section 44) en relación con figuras como la *conspiracy*. Véase sobre ello, en tono crítico, ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., 2013, p. 486.

<sup>205</sup> Muy crítico respecto a este supuesto típico, ZÖLLER, *Terrorismustrafrecht*, 2009, pp. 570 ss., en tanto que criminaliza la preparación de la preparación, técnica legal que a juicio de dicho autor resulta dogmáticamente insostenible y que supone una quiebra del Estado de Derecho, lo que le lleva a estimar inconstitucional la citada figura delictiva.

financiación igualmente referida a otros ilícitos de preparación, como el de provocación pública al terrorismo o el de captación de terroristas (art. 11).

No hace falta insistir en la fricción con los principios de ofensividad y de prohibición de exceso que todo lo expuesto representa, más aún si se atiende a las elevadas penas con que frecuentemente se conminan los delitos de preparación y sin que pueda olvidarse tampoco la limitación que algunos de ellos pueden comportar del ejercicio legítimo de derechos fundamentales (como la libertad de expresión, especialmente en las figuras delictivas que tipifican apologías —débiles— del terrorismo y en los tipos de los arts. 557.2 y 559 CP, y también en este último caso del derecho de reunión y manifestación)<sup>206</sup>. Ya solo por lo que hasta aquí se ha dicho, y sin perjuicio del resto de argumentos que se suelen alegar en contra de la incriminación de comportamientos preparatorios —como su equivocidad o su inadecuación político-criminal toda vez que su impunidad favorece el desistimiento<sup>207</sup>— es posible cuestionar seriamente la vigencia de muchas de estas infracciones.

#### 4.2. La falta de taxatividad de los tipos

En estrecha vinculación con lo anterior, tampoco es una cuestión menor la vaguedad que se advierte en muchos casos en la definición de las conductas preparatorias. Algunos ejemplos: los arts. 197 ter y 264 ter CP castigan al que “(...) de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar” la comisión de alguno de los delitos contra la intimidad o de daños informáticos respectivamente, “un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos” o “una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”; el art. 557.2 CP a quienes “actúen sobre el grupo o sus individuos (...) reforzando su disposición” (!) a cometer un desorden público<sup>208</sup>, y el art. 592.2 CP a quienes con la intención de provocar una rebelión “mantuvieren inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras”; o son asimismo ilustrativos en este sentido, y entre otros, los tipos recogidos en los arts. 575 CP —la propia noción de “adoctrinamiento” genera ya en sí misma serios reparos desde esta perspectiva—<sup>209</sup> y 576 CP

<sup>206</sup> Véase, destacando los peligros que desde el punto de vista de esos y otros derechos fundamentales —como la libertad ideológica, el derecho a la información o a la libre circulación— encierra la regulación de los delitos de terrorismo tras la reforma de 2015, CUERDA ARNAU, en LA MISMA (dir.), *Menores y redes sociales*, 2016, pp. 488 ss. En cuanto a la posible incidencia de los tipos preparatorios de desórdenes públicos en la libertad de expresión y en el derecho de reunión y manifestación, puede verse ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 370 ss.

<sup>207</sup> Véase por todos DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, pp. 516-517. En el ámbito anglosajón se insiste particularmente en la idea del desistimiento no tanto en términos de utilidad político-criminal cuanto desde la perspectiva del principio general de respeto a la autonomía del individuo, del que se deriva la necesidad de tratar al sujeto como ciudadano responsable, capaz de reaccionar ante las buenas razones que le ofrece el Derecho para no seguir adelante en la consecución del delito. Al respecto, véase DUFF, *Louisiana L. Rev.*, (65), 2005, p. 964.

<sup>208</sup> Sobre la inseguridad interpretativa que de esta formulación típica se puede derivar y lo lejos que, en teoría, se podría llegar a partir de ella en la criminalización del ejercicio de la crítica política, ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 370-371.

<sup>209</sup> A cuenta del inciso segundo del art. 575.2 se pregunta FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «La reforma penal de 2015 en materia de terrorismo: el caso de los principios limitadores del *ius puniendi*», en CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, pp. 127 s., “¿(q)ué se entiende por acceso habitual? ¿A partir de qué vez comienza a serlo? ¿3 como en el maltrato, o más? Y de ser más ¿cuántas? Y el mero acceso ¿qué conlleva? ¿Es necesario haber accedido al contenido, en el sentido de haberlo recibido, o basta con el mero hecho de entrar en el sitio web y salir?”, o igualmente, a propósito del art. 573.3 CP, con base en qué pruebas podrá determinarse que se trata de un lugar donde una persona puede ir a formarse con fines terroristas.

—que ofrece una tipificación de la financiación de actividades terroristas de vocación, cabría decir, casi omnicomprendensiva—.

No se alcanza aquí en todo caso el grado de indefinición de los tipos que incriminan genéricamente la preparación de otros delitos y que se encuentran en algunos ordenamientos jurídicos como el alemán (que, por ejemplo, en el § 234 a III StGB sanciona “[a]l que prepare” el delito de deportación) o el de Reino Unido (recuérdese, de nuevo, el delito de *preparation of terrorist acts* de la *Terrorist Act 2006* [section 5], que castiga “cualquier conducta” de preparación enderezada a la comisión de actos terroristas) o, ¡atención!, de la previsión del art. 9.2.b) de la Directiva (UE) 2017/541, que insta a los Estados miembros a tipificar como delito “los actos preparatorios realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo”<sup>210</sup>.

Lo razonable sería que la observancia del mandato de certeza, exigible en todo caso, se extremara cuando hablamos de comportamientos tan distantes de la ofensa al bien jurídico, que en algunos supuestos caen además —como ya se ha destacado— en terrenos aledaños al contenido constitucionalmente garantizado de derechos fundamentales, y cuyas penas, a pesar todo lo anterior, resultan con carácter general tan elevadas<sup>211</sup>. Pero no sucede así.

#### 4.3. La desproporción de las penas

Llegados a este punto merece también un análisis más detenido un aspecto al que se acaba de aludir y que ya he subrayado en alguna otra ocasión a lo largo del trabajo: la gravedad de las sanciones que se asignan a los delitos de preparación pese al escaso contenido de injusto que resulta inherente a ellos. Un caso extremo lo representa el supuesto más arriba citado del art. 576.1 y 2 CP, que permite alcanzar la pena de diez años de prisión por recabar fondos con la intención de que se utilicen para la comisión de acciones de terrorismo y de quince años de prisión si aquéllos se llegan a poner efectivamente a disposición del terrorista. Obsérvese además que el delito-fin puede ser “cualquiera” de los incluidos en el capítulo (“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”), de modo que, en referencia al ejemplo antes propuesto, el hecho de poner bienes o valores efectivamente a disposición del responsable de organizar un acto de carácter apologético podría llegar a recibir, haciendo una interpretación en absoluto forzada del precepto, una castigo de hasta quince años de prisión (art. 576.2 en relación con el art. 578 CP). Cabría citar más ejemplos, pero lo que ahora quisiera destacar, a fin de ilustrar tal fenómeno de desmandamiento de la reacción punitiva en este ámbito, es que la equiparación de penas de

<sup>210</sup> Véase críticamente en relación con la falta de taxatividad de las figuras preparatorias en general en el marco anglosajón, ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, p. 113; en referencia a la *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* de 2009, SIEBER, en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, 2012, pp. 269-270, 276 y 278. Dando cuenta de la existencia de tipos penales similares a los mencionados en Australia y Canadá, respectivamente, MCSHERRY, en MCSHERRY et al. (eds.), *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, 2009, p. 142, y, también crítico, OHANA, *Can. J. L. & Jurisprudence*, (20), 2007, p. 139.

<sup>211</sup> Como remarca CUERDA ARNAU, “cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación” y “la garantía de taxatividad deviene en estas hipótesis aún más reforzada” (CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *RGDP*, [8], 2007, p. 29). En una dirección similar señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que la “fuerte presunción de inconstitucionalidad” de la sanción de conductas limítrofes al ejercicio de derechos y libertades fundamentales deviene mayor “cuanto más imprecisa o ampliamente esté redactado el tipo penal” y cuanto más grave sea la sanción (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, 2012, p. 82).

comportamientos — materialmente — preparatorios y de los consumados (en alusión a los delitos-fin) resulta algo bastante habitual en el marco de los ilícitos de la Parte Especial que tipifican actos preparatorios: se castiga igual la tenencia de materiales idóneos para fomentar el odio o para lesionar la dignidad de las personas que su difusión (arts. 510.1.b] y 510.2.a] CP), el cultivo ilegal o la posesión de drogas tóxicas orientada al tráfico que el propio tráfico (art. 368 CP), incitar o reforzar la disposición a cometer un desorden público que llevarlo a cabo, promover el trasplante ilegal de órganos humanos ajenos que el trasplante en sí mismo (art. 156 bis.1 CP), la explotación económica de una obra artística sin la autorización de los titulares de derechos de la propiedad intelectual que el almacenamiento de ejemplares de dichas obras con la intención de distribuirlos o comunicarlas públicamente o que favorecer la explotación mediante la elusión de las medidas tecnológicas dispuestas para evitarlo (art. 270.1 y 5 CP)<sup>212</sup>.

Esta desproporción de las penas llega a veces hasta el punto de que se puna más gravemente el delito preparatorio que el delito principal (consumado) (!). Tal es el caso del art. 197 ter en relación con el 197.2. CP. Y lo mismo sucede, en términos más amplios, en los tipos de preparación de infracciones de terrorismo, al llevar aparejados aquéllos penas tan altas y remitirse genéricamente, como veíamos, a todos los delitos del capítulo: financiar — volviendo de nuevo a nuestro ejemplo — un hecho apologético podría castigarse con pena de hasta diez y quince años de prisión, siendo que la apología del terrorismo del art. 578 CP, que operaría en ese supuesto como delito-fin, tiene atribuida como es sabido una penalidad mucho menor<sup>213</sup>.

Nuevamente aquí no se llega — de momento — al extremo del ámbito anglosajón, en donde la equiparación de la pena de la figura preparatoria con la del delito-fin se produce incluso en casos que tienen prevista la pena de prisión perpetua; por ejemplo, en Reino Unido, en la conspiracy (*Section 3 [2] Criminal Law Act 1977*),

<sup>212</sup> En todos estos casos, lo dicho vale en la medida en que tales figuras delictivas se entiendan como preparatorias (véase una justificación a este respecto *supra* epígrafe 3). Lo mismo que en el supuesto del art. 319 CP, que conmina con prisión de un año y seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al constructor que lleve a cabo una obra no autorizable y el art. 320 CP establece idéntica sanción para el funcionario que, a sabiendas de su injusticia, informe o vote a favor de dicha obra. En esta última hipótesis, se aplicaría además, según se consigna expresamente en el citado precepto, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público prevista para el delito de prevaricación de funcionario público del art. 404, de igual modo que para el constructor contempla asimismo el art. 319 CP la pena, aquí sí con diversa extensión, de inhabilitación especial para profesión u oficio. Por lo demás, ya se ha puesto de manifiesto previamente que todas las modalidades típicas comprendidas en el art. 400 CP tienen atribuida similar pena que la del correspondiente delito de falsedad consumado y que otro tanto ocurre con quien posee pornografía infantil destinada a distribuirla, que se castiga igual que la efectiva distribución (art. 189.1.b] CP), o, en fin, con el art. 197 ter CP en relación con el art. 197 bis.1. CP y también en el caso del art. 248.2.b) CP.

<sup>213</sup> No creo que este — posible en el caso concreto — manifiesto desfase penológico, que por otra parte no sorprende dentro del contexto general de desorden valorativo que se viene denunciando, sea razón para postular la configuración autónoma (en sentido material) del delito de financiación del terrorismo, pues al margen de que la repetida cláusula del art. 576.2. CP — que dispone que si a la financiación le sigue la ejecución del delito terrorista se habrá de castigar el hecho a título de coautoría o complicidad — aboga en contra de ello, naturalmente habrá muchos otras hipótesis — todas aquellas en las que la financiación esté destinada a la comisión de los delitos de terrorismo más graves de los previstos en el art. 573 CP — en las que tal paradoja no se produzca y en las que, como resulta lógico, la pena del delito preparado sea más grave que la del delito preparatorio. A lo dicho cabe añadir que parece en cualquier caso muy dudoso que desde el prisma de una orientación colectiva y desligada del injusto del delito-fin resulte más fácil justificar una penalidad tan alta en esta clase de supuestos. Véase JAKOBS, en EL MISMO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 48 s., afirmando, a propósito del célebre caso *Duchesne* — que motivó la introducción del precepto antecedente del vigente § 30 StGB —, que la levedad de las penas es un signo de que lo que se castiga es lo que “un autor ya ha atacado hasta ese momento al realizar la conducta: la seguridad pública”, y otorgando a la posterior agravación de la penalidad del precepto un peso decisivo en orden a la mutación del delito contra la seguridad pública “en una verdadera punición de actos preparatorios”.

o en el *encouraging or assisting crime* (Section 58 [2] y [5] *Serious Crime Act* 2007). Se establece asimismo dicha sanción en el ya reiterado delito de *preparation of terrorist acts* (Section 5 [3] *Terrorism Act* 2006).

Lo primero y más evidente que cabe destacar, desde una perspectiva general, respecto de esta asimilación de penas es su carácter injustificable y absurdo tanto en el plano valorativo —vulnera el principio de proporcionalidad en sentido estricto al castigar igual de gravemente (¡o incluso más, en ocasiones!) el caso menos grave, al sujeto que lleva a cabo un acto preparatorio que al que consuma el delito principal— como en el plano político-criminal. En cuanto a esto último, el hecho de que fases muy primarias del *iter criminis* perciban la misma pena que la consumación serviría como razón añadida para seguir adelante. Más aún, el inicio de la ejecución del delito-fin podría incluso resultar penológicamente beneficioso para el reo frente a la mera preparación dado que la regla general consignada por el art. 62 CP es que la tentativa se ha de sancionar con una penalidad inferior a la del delito consumado y que no resulta en absoluto obvio que aquí el concurso de normas deba resolverse a favor del precepto con la pena más grave<sup>214</sup>. Y algo similar sucede, en virtud de lo dispuesto en el art. 63 CP en relación con la complicidad, en los casos en que lo que se tipifica son preparaciones de hecho ajeno asimilables a tentativas de complicidad psíquica (apologías débiles) a las que se les asigna también la misma pena que al autor del delito-fin consumado<sup>215</sup>.

No es posible entrar a tratar ahora estos aspectos de modo detallado. Simplemente quiero poner de relieve que al incriminarse en la Parte Especial delitos preparatorios y hacerse sin más criterio que el preventivo a ultranza, sin atender a razones valorativas, se derivan resultados contrarios al principio de proporcionalidad pero también contraproducentes desde el punto de vista político-criminal —esto último quizás preocupe más al legislador que lo anterior— y asimismo problemas aplicativos que no siempre encuentran fácil solución.

El desajuste penológico apuntado admite igualmente una lectura relacionada con el fundamento del castigo de los delitos preparatorios. Me referiré a este aspecto aquí de forma muy concisa.

La equiparación que realiza nuestro sistema de la penalidad de las tentativas y de las figuras preparatorias “de la Parte General” (conspiración, proposición y provocación) ha sido

<sup>214</sup> Bien entendido que el principio de alternatividad es, de acuerdo con el art. 8 CP, un criterio que opera únicamente en defecto del resto de los recogidos en dicho precepto y que aquí se trata de hipótesis de progresión delictiva de manera que habría de entrar en aplicación, según creo, el principio de subsidiariedad —o bien el de consunción, en la concepción de algunos autores—. Si la pena asignada al tipo preparatorio es más grave que la del delito principal, como hemos comprobado que igualmente ocurre algunas veces, entonces no sólo la tentativa sino también la consumación del delito-fin favorecería penológicamente al preparador. En el ejemplo de referencia: si llegara a realizarse el acto homenaje constitutivo de enaltecimiento del terrorismo cuya financiación se ha procurado, la pena a imponer sería —como en este supuesto establece expresamente el art. 576.2 CP en su inciso segundo— la correspondiente por “coautoría o complicidad, según los casos”, en relación con el delito consumado de enaltecimiento y no la mucho más elevada que prevé el art. 576. 1 y 2 CP —inciso primero— (téngase en cuenta que la versión anterior de este precepto determinaba expresamente la apreciación preferente de la regla de alternatividad —derogando así para este caso la configuración general de la misma en términos subsidiarios, según se deriva del art. 8—, pero tal previsión ha desaparecido de la redacción que le otorga la reforma de la LO 1/2015). Véase denunciando también esta conflictividad concursal, al hilo del art. 575.2 CP, e inclinándose por la solución aquí apuntada, la STS, 2ª, 17.5.2017 (nº 354/2017), y asimismo un análisis de la problemática expuesta, a propósito en concreto de la figura delictiva del art. 557.2, ya en ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 368 s., nota 10.

<sup>215</sup> Véase ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 368 ss.



tradicionalmente objeto de críticas<sup>216</sup>. Hemos visto que el legislador tiende a aprovechar la tipificación de la preparación delictiva vía Parte Especial para reforzar aún más ese castigo, hasta el punto de que éste se homologa en no pocos casos al de la consumación del delito principal —e incluso a veces lo rebasa—. No puede atribuirse el mismo contenido de injusto a la tentativa que a la preparación y menos aún a esta última que a la consumación, medido dicho injusto tanto en términos de desvalor (objetivo y subjetivo) de acción como de desvalor de resultado. ¿Cómo se justifica entonces semejante asimilación de penas (y, en concreto, ese plus de pena, la adicional a la que resultaría proporcionada al injusto propio de la conducta preparatoria)? *¿Es acaso la peligrosidad del autor lo que se está castigando y no sus hechos concretos?*

La utilización de los actos preparatorios como instrumento al servicio de un Derecho penal de autor no resultaría, por lo demás, ninguna novedad. Más bien vendría a confirmar la tradicional crítica dirigida en ese sentido a la criminalización de la preparación delictiva<sup>217</sup>. Lo que llama más la atención es que se haga en este marco político, en un Estado social y democrático de Derecho. Desde ese punto de vista podría decirse que la crítica resulta ahora todavía más justificada.

### ***5. Las divergencias en el tratamiento de la preparación delictiva en la Parte General y en la Parte Especial: choque de tendencias político-criminales (¿o punitivismo alevoso?)***

A partir de lo expuesto hasta este momento es posible concluir lo siguiente: en materia de incriminación de los actos preparatorios el legislador va más lejos en los tipos de preparación recogidos a lo largo del Libro II del Código penal que en las figuras preparatorias definidas en la Parte General, tanto en lo que se refiere a la elección y configuración típica de los supuestos de hecho objeto de sanción como a la imposición de las penas.

En cuanto a lo primero, puede decirse que la regulación de la conspiración, la proposición y la provocación está regida en términos generales por un espíritu de contención y que, conforme a ello, su castigo se ciñe a ámbitos delictivos de cierta gravedad<sup>218</sup>. En los tipos preparatorios de la Parte Especial el criterio de selección se vuelve en general más flexible y la extensión de la punibilidad a fases —desde una perspectiva material— pre-ejecutivas afecta en mayor medida a ilícitos de trascendencia poco significativa (como revela entre otros aspectos, y según se mostró en páginas anteriores, la levedad de la sanción de algunos de tales delitos-fin, o su carácter de peligro abstracto o la naturaleza —difusa o poco trascendente— de sus bienes jurídicos). Esta mayor laxitud no sólo se advierte respecto del requisito de legitimidad de la anticipación penal relativo a la relevancia del delito-fin, que a mi juicio resulta esencial y debe(ría) cumplirse por tanto en todo

---

<sup>216</sup> Véase, en referencia al Código penal anterior, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, (21-2), 1968, p. 296; y al actual, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 152-153.

<sup>217</sup> Véase, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, (21-2), 1968, pp. 288 ss.

<sup>218</sup> Por más que con excepciones, como ocurre con el blanqueo de capitales (denunciándolo, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 150) y algunos delitos patrimoniales, o ahora también con los delitos contra la Administración Pública, con cuya inclusión en el marco de las infracciones en las que resultan punibles los actos preparatorios de los arts. 17 y 18 CP, la reforma de 2015 abre una importante grieta en la regla general afirmada en el texto.

caso<sup>219</sup>. Lo mismo sucede si se atiende al grado de peligrosidad de la acción preparatoria concreta respecto del bien jurídico amenazado, que es otro de los parámetros que con razón se suele invocar más comúnmente en este contexto. En referencia a una clase específica de comportamientos — los de incitación a la comisión de un delito — que se castigan en ambas sedes: si en la provocación del art. 18 CP se exige que la incitación sea *directa* y la apología homologable por su naturaleza y circunstancias a tal modalidad de provocación, en el art. 578 CP se habla simplemente de enaltecer o justificar (delitos de terrorismo o a sus ejecutores), en el art. 579.2 CP de incitar en general o de solicitar a otra persona que realice la conducta delictiva (también de terrorismo), y en el art. 579.1 CP, si se sigue de manera fiel su tenor literal, no se requiere ni siquiera eso —esto es, bastaría según vimos con que la difusión pública de mensajes a que alude el tipo estuviera guiada por una finalidad incitadora (de ese mismo género de delitos, aunque por su contenido los referidos mensajes no fueran idóneos a tal efecto)—; y en una línea similar, los arts. 557.2 y 559 CP tipifican la mera incitación —que no hace falta que sea directa— y de modo expreso también el simple reforzamiento de la disposición a delinquir (en este caso en referencia a los —mucho menos graves en general— delitos de desórdenes públicos). El carácter débil de estas provocaciones incriminadas en el Libro II del CP no impide, a la luz de la regulación vigente y de acuerdo con lo expuesto más arriba, que puedan operar como delitos-fin de otros tipos preparatorios. El castigo de la preparación de la preparación, contemplado desde un ángulo más amplio y como asimismo se ha tenido ocasión de comprobar, es de hecho un fenómeno que tiene una presencia no desdeñable en nuestro ordenamiento penal y que ha adquirido carta de naturaleza fundamentalmente a través del desembarco de figuras preparatorias en la Parte Especial, habido —sobre todo— en los últimos tiempos<sup>220</sup>.

Por lo que respecta a las sanciones, frente al criterio de aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la de la correspondiente infracción consumada previsto de modo general para la conspiración, la proposición y la provocación, se ha visto en el apartado anterior que es práctica extendida en los delitos preparatorios establecer penas —en términos relativos— muy elevadas, en no pocos casos equivalentes a las del delito-fin consumado, y que esto es algo que en absoluto se limita a las hipótesis más graves<sup>221</sup>.

<sup>219</sup> Ya sólo desde ese prisma buena parte de los tipos preparatorios de la Parte Especial (también algunos, como se ha dicho, de los supuestos en que se castigan los actos preparatorios genéricos) son en mi opinión censurables.

<sup>220</sup> En la versión original del Código penal de 1995 su punición resultaba ciertamente extravagante: quedaba limitada a algún caso aislado (como el art. 371 CP, en relación con el cual se preveía a su vez la incriminación de los actos preparatorios de los arts. 17 y 18 [art. 373] CP; igual que en las asociaciones ilícitas del art. 515 [art. 519] CP), debiendo también mencionarse el —en todo caso polémico, aunque lo admitiera la jurisprudencia interpretando forzosamente el anterior art. 17.2 CP— castigo de la proposición (en tanto que inducción frustrada) en cadena. Esta última posibilidad, por cierto, se ve fortalecida por la nueva definición legal que otorga a la proposición la LO 1/2015 (véase sobre ello, LLABRÉS FUSTER, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., 2015, pp. 106 ss.). Es a partir de la creciente introducción de delitos preparatorios que tiene lugar en años recientes cuando, en el sentido apuntado en el texto, la criminalización de la preparación de la preparación adquiere una mayor dimensión, ya sea en virtud de la incorporación de tipos preparatorios en ámbitos delictivos en los que regían previamente las disposiciones de los arts. 17 y 18 CP, o bien, y sobre todo, a través de delitos cuya formulación típica engloba ya directamente la preparación de la preparación. Esto último ya hemos visto que tiene lugar principalmente en las infracciones de terrorismo, en las que la previsión añadida del castigo de la conspiración, la proposición y la provocación determina, de nuevo, una ulterior anticipación de la tutela penal.

<sup>221</sup> Recuérdese que sucede, entre otros casos, en los tipos preparatorios de los delitos contra la intimidad, contra el patrimonio o de desórdenes públicos.

La tipificación de comportamientos preparatorios al margen del régimen general dispuesto en el Libro I podría estimarse razonable si estuviera restringida a supuestos muy concretos en los que se advirtieran razones distintas a las que justifican la punición de las figuras de los arts. 17 y 18 CP<sup>222</sup> y que resultaran acordes en todo caso a los parámetros de excepcionalidad que, de acuerdo con lo explicado, debe informar la incriminación de la preparación delictiva —habrían de estar referidas, por tanto, a delitos-fin de una gravedad suficiente y tratarse *además* de conductas pre-ejecutivas especialmente peligrosas respecto de ese ilícito concreto<sup>223</sup>—, y siempre, en fin, con penas proporcionadas a la gravedad del hecho. Ahora bien, no es admisible cuando se hace con la frecuencia y en los términos en que hemos comprobado, esto es, sin sujeción a las aludidas pautas que impone el respeto a los principios de ofensividad y de prohibición de exceso.

Que este desbordamiento de límites en la criminalización de los actos preparatorios tenga lugar prioritariamente en la Parte Especial se explica quizás porque, como se apuntaba más arriba, pasa así más desapercibido. El legislador, cabría decir —utilizando las palabras de VIVES ANTÓN<sup>224</sup>—, se ríe en la Parte Especial de lo que dicta en la Parte General. Otra forma de verlo, más indulgente, sería que se incurre en una suerte de esquizofrenia, y que el choque de tendencias político-criminales en torno a esta materia a que hacía alusión la doctrina tras la aprobación del CP de 1995 —a propósito de la regulación de la apología del art. 18 CP y también, por ejemplo, del delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, introducido posteriormente por la LO 7/2000—<sup>225</sup> se ha agudizado ahora mucho más. Desde esa perspectiva, podría afirmarse que la tendencia —restrictiva— predominante en la versión inicial del CP de 1995, y que se plasmó en la regulación de los actos preparatorios de la Parte General, está resultando debilitada por la corriente extensiva que se manifiesta en el descontrolado avance de los delitos de preparación que se viene denunciando<sup>226</sup>. Por cierto que, sobre esa base, se habría quizás de reconsiderar, o someter al menos

<sup>222</sup> Tales son, según opinión común, el riesgo derivado de la implicación de otras personas en el proyecto criminal y de la consiguiente influencia mutua entre los diversos sujetos o asimismo de la pérdida del control del proceso causal delictivo puesto en marcha (MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 350-351; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA [dir.], *Enciclopedia Penal Básica*, 2002 pp. 301-302). Y si se tratara de razones parecidas a las anteriores, al menos deberían concurrir en intensidad y circunstancias diversas, habiendo de resultar de cualquier modo fundadamente justificado en cada caso concreto el apartamiento respecto del criterio general.

<sup>223</sup> No es posible entrar en el marco de este trabajo a concretar más estos criterios ni a desarrollarlos en referencia a figuras delictivas concretas; si bien se debe precisar, por obvio que resulte, que no cumplen el requisito de especial peligrosidad —ni entonces el mínimo de ofensividad exigible— los comportamientos que simplemente facilitan *en alguna medida* el delito principal (si así fuera, se habría de castigar la preparación de forma mucho más generalizada, pues la idoneidad para facilitar *algo* el delito es muy fácil de justificar y resulta inherente a cualquier conducta que se pueda calificar como preparatoria). Se trata de un criterio que, dada la fase del *iter criminis* de la que hablamos y por evidentes razones de ofensividad, se debe interpretar, de manera exigente y que, así entendido, no satisfacen muchas de las conductas de preparación que hemos visto que se incriminan en la Parte Especial (por ejemplo: todos los casos de preparación de la preparación).

<sup>224</sup> Expresadas en una conversación informal del citado profesor con el autor de este trabajo.

<sup>225</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Apología del delito», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, pp. 79 ss. Véase igualmente SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 150, 157, poniendo de manifiesto las vacilaciones político-criminales y las contradicciones que rodean la postura del legislador español sobre este tema (en referencia al texto original del CP de 1995 y a los Proyectos que le precedieron).

<sup>226</sup> Aunque no solo, pues en rigor empieza a proyectarse también ya significativamente sobre la regulación de los actos preparatorios descritos en los arts. 17 y 18 CP, a la vista de la ampliación de su castigo al conjunto de los delitos contra la Administración Pública y de las holgadas hechas del nuevo concepto legal de proposición; ambos aspectos, como ya se ha señalado, se deben a la reforma penal de 2015. Véase PETZSCHE, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, 2013, pp. 67 s., 76, destacando que asimismo en Alemania la creación de delitos que tipifican actos preparatorios constituye una tendencia en ascenso, que pone en riesgo la vigencia del principio general de

a alguna matización —a la vista de la experiencia—, la frecuente aseveración de que la técnica de incriminación preferible, por su efecto de contención, es la consistente en tipificar actos preparatorios en relación con delitos concretos en la Parte Especial<sup>227</sup>. El mejor sistema, con independencia de la ubicación sistemática de su regulación, será el que tenga bien presente los estrictos límites que deben regir la punición de esta clase de conductas.

Mi impresión es que la doctrina en general admite mejor esta ampliación del castigo de la preparación delictiva a través de los tipos de la Parte Especial<sup>228</sup>. Y algo similar creo posible sostener que sucede en la jurisprudencia<sup>229</sup>. Todo ello no hace sino favorecer la expansión de los delitos de preparación, de manera discreta, como antes decía, pero implacable.

## 6. Reflexión final

Lo hasta aquí puesto de manifiesto creo que permite cuestionar al menos dos extremos. Por un lado, la conveniencia de seguir manteniendo el tradicional esquema que describe la punición de los actos preparatorios en nuestro Derecho a partir fundamentalmente de la referencia a las figuras de la conspiración, la proposición y la provocación. Este planteamiento, en efecto, se revela demasiado estrecho o *reduccionista* desde la perspectiva del Derecho penal vigente en la actualidad. En segundo lugar, y en íntima conexión con lo anterior, considero que el análisis realizado obliga a redimensionar la excepcionalidad de la incriminación de la preparación delictiva en nuestro sistema. El tratamiento de esta cuestión en la Parte General cabría decir que ofrece la imagen de una regulación más fragmentaria de lo que en realidad es, lo que seguramente se explica por la convivencia en la legislación penal española de corrientes político-criminales antagónicas en torno a esta materia (algo que no es nuevo pero que sí se puede afirmar que se ha intensificado en los últimos tiempos). De acuerdo con lo expuesto, resulta necesario relativizar también entonces la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento de los principios liberales que subyacen al establecimiento del punto de partida de la punibilidad en el inicio de la ejecución del delito. Esta impresión, a la que apunta ya un examen de índole tan solo cuantitativa, se confirma a la vista de algunas notas que caracterizan este fenómeno *expansivo* de los delitos preparatorios: la vaga formulación de los tipos, la escasa ofensividad de las conductas —que, como se ha visto, remiten en ocasiones a estadios tempranísimos del *iter criminis*—, la elevada (en algunos casos desorbitada) gravedad y consiguiente desproporción de las penas. El legislador, es posible concluir, utiliza los

---

impunidad de los actos preparatorios, y que se advierte en este punto un divorcio entre la práctica legislativa y la teoría del Derecho penal alemán.

<sup>227</sup> Véase, por ejemplo, ORTS BERENGUER, *CPC*, (18), 1982, p. 511; o GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*, 1995, p. 353, nota 125.

<sup>228</sup> Mostrándose —insisto, en términos generales— menos combativa en estos casos, a veces incluso promoviendo una diferente y más flexible interpretación de los actos preparatorios “de la Parte Especial” frente a los “de la Parte General”. Véase, a modo de ejemplo, la posición de FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 123 ss., a propósito del aspecto subjetivo de los delitos de preparación, considerando que requieren menos requisitos de esta índole que el tipo subjetivo de la conspiración, la proposición y la provocación —sin explicar por qué—, así como la crítica realizada *supra* (nota 45) sobre este particular.

<sup>229</sup> Que nuestros Tribunales se encuentran cómodos con la proliferación de esta clase de figuras delictivas de acusada impronta anticipatoria lo demuestra su propensión a realizar exégesis que las llevan más allá incluso del terreno de la preparación delictiva; esto es, a un entendimiento de las mismas como meros delitos formales, tal y como hemos visto que ocurre notoriamente en el caso del delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 (véase *supra* 2.3.c.).

delitos de preparación como expediente para ir mucho más allá del régimen general de criminalización de los actos preparatorios establecido en el Libro I del Código penal y este proceder resulta refrendado hasta cierto punto por la jurisprudencia y también por la doctrina, que —la mayoría de las veces, en este último caso, por omisión— se muestra en general más condescendiente cuando se trata de la sanción de conductas preparatorias en la Parte Especial. El resultado es, según se ha podido comprobar, que estamos ante una expansión de los delitos de preparación cuantitativa y cualitativa, incoherente —que no obedece a un criterio político-criminal claro—, vulneradora de principios básicos —ofensividad, carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, proporcionalidad en sentido estricto—, cercenadora de derechos fundamentales —señaladamente de la libertad de expresión y del derecho de reunión—; sin duda, por tanto, ante una expansión *ilegítima*.

Hay un tercer y relevante aspecto, asimismo muy relacionado con los otros dos que se acaban de mencionar, que a mi juicio admite igualmente ser revisado a la luz de lo expuesto en estas páginas. La verificada amplitud del ámbito de extensión del castigo de la preparación delictiva —globalmente considerada, con independencia de si los comportamientos típicos están contemplados en el Libro I o II del Código penal—, puede verse también, según creo, como un indicio de que la regulación de esta cuestión en el ordenamiento penal español se está articulando de manera ajena a fundamentaciones objetivas<sup>230</sup>. Particularmente si se atiende a diversos datos puestos de relieve a lo largo del trabajo como la escasa gravedad de algunos delitos-fin o la singularmente tenue —o incluso nula— peligrosidad de no pocas de las concretas acciones de preparación que se tipifican como infracciones de la Parte Especial. A este respecto resulta especialmente reseñable la penalización, para nada anecdótica, de la preparación de la preparación y el hecho de que en determinados supuestos se relajen los requisitos de tipicidad de las conductas hasta el punto de que el tenor literal de los preceptos parezca prescindir directamente de cualquier exigencia de peligrosidad objetiva. Junto a ello, hemos visto que la magnitud de las penas de los delitos de preparación, y en especial su equiparación con las del ilícito principal consumado, además de generar otros problemas de orden valorativo, político-criminal y aplicativo, admite inferir que se pretende castigar la mera peligrosidad del autor, más que la de sus hechos concretos, lo que conecta con un modelo de Derecho penal de autor y de marcado carácter preventivo-fáctico y policial. Configurar a partir de tales parámetros la línea de defensa penal significa en realidad eliminar *cualquier* límite. Y esto es algo incompatible con la esencia de un Estado de Derecho.

Ahora bien, denunciar esta expansión y sus peligros no equivale a negar necesariamente cualquier espacio de legitimidad a la punición de los actos preparatorios. A la vista del panorama descrito, sin perjuicio de las conclusiones que de ahí cabe derivar ya sobre el paradigma de Derecho penal hacia el que nos dirigimos y de las consideraciones hasta aquí realizadas sobre el fundamento

---

<sup>230</sup> Véase, conectando en general teorías objetivas y punición restringida de los actos preparatorios, MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, pp. 347 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 301. Me parece asimismo ilustrativa en este sentido la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, (21-2), 1968, p. 288, que asocia la regla de incriminación genérica de la conspiración, la proposición y la conspiración prevista en el Código penal anterior con “un sensible abandono de los principios básicos de un Derecho penal del acto en favor de un Derecho penal de voluntad o del sentimiento” y, con ello, con un “proceso evolutivo que conduce de un Derecho penal del acto a un Derecho penal de autor, es decir, a un Derecho penal orientado hacia la actitud moral del sujeto (*Gesinnungs-strafrecht*)”.

atribuible a la incriminación de la preparación delictiva conforme a la legislación vigente, estimo que sería pertinente un replanteamiento detenido de la justificación de dicha incriminación y también de sus límites; o más específicamente, de si es posible renunciar a ella y, en el caso de que no lo sea, de los márgenes *concretos* en los que debería encuadrarse su vigencia desde el respeto a los postulados básicos que impone nuestro marco político-constitucional. En cualquier caso, una valoración semejante habría de hacerse teniendo en cuenta el conjunto de los actos preparatorios, tanto de los definidos en la Parte General como en la Parte Especial, pues lo contrario, como se ha tratado de mostrar en este trabajo, implicaría un análisis solo parcial de este trascendente problema.

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, Pleno, 8.6.1988	nº 105/1988	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC, Pleno, 7.11.2007	nº 235/2007	Eugeni Gay Montalvo
ATC, 1ª, 9.1.2008	nº 4/2008	_____
STC, 1ª, 20.6.2016	nº 112/2016	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 2ª, 28.6.2013	nº 587/2013	José Manuel Maza Martín
STS, 2ª, 24.2.2015	nº 97/2015	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 22.9.2015	nº 527/2015	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 10.12.2015	nº 864/2015	Antonio Del Moral García
STS, 2ª, 30.12.2015	nº 846/2015	Antonio Del Moral García
STS, 2ª, 18.1.2017	nº 4/2017	Manuel Marchena Gómez
STS, 2ª, 22.2.2017	nº 109/2017	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro
STS, 2ª, 17.5.2017	nº 354/2017	Andrés Palomo Del Arco
STS, 2ª, 25.5.2017	nº 378/2017	Luciano Varela Castro
SAN, S. Penal Sec. 3ª, 31.3.2014	nº 8/2014	Antonio Díaz Delgado
SAN, S. Penal Sec. 1ª, 8.11.2016	nº 29/2016	Fernando Grande-Marlaska Gómez
SAN, S. Penal Sec. 1ª, 21.3.2017	nº 12/2017	Ramón Sáez Valcárcel

## 8. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO (2013), «Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: *iter criminis* y Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, pp. 549 ss.

————— (2001), *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid.

————— (2000), *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada.

ALASTUEY DOBÓN (2016), «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-14).

————— (2016), «Los grados de realización del delito», en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Comares, Granada, pp. 185 ss.

ALONSO RIMO (2015), «Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (arts. 557.2 y 559 CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), pp. 359 ss.

————— (2010), «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, (4), pp. 13 ss.

ANTÓN ONECA (1986), *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid.

ASHWORTH (2011), «Attempts», en DEIGH/DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford Handbooks Online.

————— (2011), «The Unfairness of Risk-Based Possession Offences», *Criminal Law and Philosophy*, (5), pp. 237 ss.

ASHWORTH/HORDER (2013), *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford.

ASHWORTH/ZEDNER (2014), *Preventive Justice*, Oxford University Press, Oxford.

BACIGALUPO ZAPATER (1994), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Santa Fe de Bogotá.

BARBER BURUSCO (2015), «Del delito de “difusión” o “propaganda” terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios», *Cuadernos de Política Criminal*, (116-2), pp. 33 ss.

————— (2004), *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada.

CAMPO MORENO (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CANCIO MELIÁ (2016), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 981 ss.

————— (2016), «Terrorismo», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 1937 ss.

————— (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid.

————— (2008), «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en EL MISMO/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 15 ss.

CANCIO MELIÁ/PETZSCHE (2015), «Precursor crimes of terrorism», en LENNON/WALKER (eds.), *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, Routledge, Nueva York.

CANO PAÑOS (2010), «La contaminación preventivo-policial del Derecho penal. A propósito de la Ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009», *Cuadernos de Política Criminal*, (102-3), pp. 145 ss.

CARBONELL MATEU (2016), «Lesiones», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 101 ss.

————— (2016), «Delitos contra las relaciones familiares», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 311 ss.

CEREZO MIR (2001), *Curso de Derecho penal Español. Parte general*, t. III (*Teoría jurídica del delito*/2), Tecnos, Madrid.

COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU (1990), «Delitos contra la libertad y seguridad. Detenciones ilegales y sustracción de menores», en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 741 ss.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

CORCOY BIDASOLO (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CORRECHER MIRA (2017), «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo», *Revista General de Derecho Penal*, (27).

CRAWFORD (2013), «Public Safety and Private Security: Are They Reconcilable?», en TORRE (ed.), *Constituzioni e sicurezza dello Stato*, versión electrónica, disponible en [www.researchgate.net/publication/288488208](http://www.researchgate.net/publication/288488208).

CUELLO CONTRERAS (2009), *El Derecho penal español. Parte general, Teoría del delito*, t. II, Dykinson, Madrid.



CUERDA ARNAU (2016), «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (una aproximación de urgencia)», en LA MISMA (dir.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 465 ss.

————— (2016), «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177 ss.

————— (2016), «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2007), «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, (8).

DEL ROSAL BLASCO (1996), «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal*, (58), pp. 69 ss.

————— (1986), *La provocación para cometer delito en Derecho español*, Edersa, Madrid.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), «Apología del delito», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, pp. 77 ss.

————— (2002), «Conspiración, proposición y provocación», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, pp. 299 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2016), *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2005), «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-01).

DUBBER (2015), *An introduction to the Model Penal Code*, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York.

————— (2005), «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Model of the Criminal Process», en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 91 ss.

DUFF (2005), «Criminalizing Endangerment», *Louisiana Law Review*, (65), pp. 941 ss.

FARRÉ TREPAT (2011), *La tentativa del delito*, 2ª ed., Edisofer, Buenos Aires.

FELIP I SABORIT (2016), «Tráfico de órganos», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 841 ss.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2016), «La reforma penal de 2015 en materia de terrorismo: el ocaso de los principios limitadores del *ius puniendi*», en CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 119 ss.

FERZAN (2011), «Inchoate Crimes at the Prevention/Punishment Divide», *San Diego Law Review*, (48), pp. 1273 ss.

FLETCHER (1988), *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York.

FUENTES OSORIO (2007), *La preparación delictiva*, Comares, Granada.

————— (2006), «Formas de anticipación de la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (08-08).

GARCÍA ALBERO (1995), *“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona.

GARNER (ed.) (2014), *Black’s Law Dictionary*, 10ª ed., Thomson Reuters, St. Paul.

GIL GIL (2015), «Iter criminis», en GIL et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

GÓMEZ MARTÍN (2002), «El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (04-16).

GÓMEZ RIVERO (2015), «La intervención en el delito en fases posteriores y previas a la ejecución», en LA MISMA (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal: Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 397 ss.

————— (1996), «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *La Ley*, (1), pp. 1624 ss.

————— (1995), *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ CUSSAC (2016), «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas», en EL MISMO (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1992), «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, (28), pp. 7 ss.

GÓRRIZ ROYO (2016), «“On-line child grooming” en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter. 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3).

GÖSSEL (2014), «Die Stufen des Verbrechens», en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2 (*Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*), 8ª ed., Müller, Heidelberg, pp. 1 ss.

GRACIA MARTÍN (1996), «El “iter criminis” en el Código penal español de 1995», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (27), (versión electrónica).

HÜGEL (2014), *Strafbarkeit der Anschlags-vorbereitung durch terroristische Einzeltäter un deren Unterstützer. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, Duncker & Humblot, Berlín.

HUSAK (2008), *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.

————— (1995), «The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offences», *Arizona Law Review*, (37), pp. 151 ss.

JAKOBS (2006), «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio Melia), en EL MISMO/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, pp. 21 ss.

————— (1997), «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 293 ss.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1954), *La Ley y el delito*, Losada, Buenos Aires.

KUHLEN (2012), «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito» (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, pp. 225 ss.

LEADER-ELLIOT (2011), «Framing preparatory inchoate offences in the Criminal Code: The identity crime debacle», *Criminal Law Journal*, (35), pp. 80 ss.

LLABRÉS FUSTER (2015), «La nueva regulación de la proposición para delinquir», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 83 ss.

LLORIA GARCÍA (2012), «Delitos de falsedad (2). Falsedades documentales», en BOIX REIG (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Iustel, Madrid, pp. 429 ss.

LOEWY (2009), *Criminal Law in a nutshell*, 5ª ed., West, Saint Paul.

LÓPEZ PEREGRÍN (1997), *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LUNA (2005), «The Overcriminalization Phenomenon», *American University Law Review*, (54-3), pp. 703 ss.

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MANZANARES SAMANIEGO (2016), *Comentarios al Código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Wolters Kluwer, Madrid.

MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT (2011), *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2016), «Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 545 ss.

————— (2013), «Los elementos subjetivos del tipo de acción (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, (23), pp. 233 ss.

MAURACH (1995), *Derecho penal. Parte general*, t. II, 7ª ed. (trad. Bofill Genzsch), Astrea, Buenos Aires.

————— (1962), *Tratado de Derecho penal*, II, 2ª ed. (trad. Córdoba Roda), Ariel, Barcelona.

MCSHERRY (2009), «Expanding the Boundaries of Inchoate Crimes. The Growing Reliance on Preparatory Offences», en MCSHERRY/NORRIE/BRONITT (eds.), *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford.

MIR PUIG (2016), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

————— (1973), «Los términos “delito” y “falta” en el Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (26-2), pp. 319 ss.

MIRA BENAVENT (2016), «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (dirs.), *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 103 ss.

————— (2008), «Actos preparatorios punibles», en BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, pp. 23 ss.

————— (2000), «¿Ha despenalizado el Código penal de 1995 la inducción frustrada?», *Estudios penales y criminológicos*, (22), pp. 105 ss.

MITSCH (2013), «Vorbereitung und Strafrecht», *Juristische Ausbildung*, (7), pp. 696 ss.

MOLINA FERNÁNDEZ (2016), «Formas imperfectas de ejecución del delito», en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 311 ss.

MORENO-TORRES HERRERA (2016), «Las fases de ejecución del delito», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 181 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NESTLER (2000), «El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes» (trad. Benlloch Petit), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, pp. 63 ss.

NÚÑEZ CASTAÑO (2015), «Formas de realización del delito: el *iter criminis*», en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 331 ss.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO (1986), *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid.

OHANA (2007), «Desert and Punishment for Acts Preparatory to the Commission of a Crime», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (20), pp. 113 ss.

ORTS BERENGUER (2016), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (III)», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 237 ss.

————— (1982), «Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito», *Cuadernos de Política Criminal*, (18), pp. 483 ss.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2017), *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PAREDES CASTAÑÓN (2016), «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», *Anatomia do Crime*, (4), pp. 29 ss.

PASTOR MUÑOZ (2005), *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona.

PETZSCHE (2013), «Punishability of Preparatory Acts in German Criminal Law», en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht - Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE)*, Universitätsverlag Osnabrück bei V&R Unipress, Gotinga, pp. 67 ss.

PUSCHKE (2010), «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito» (trad. Fakhouri Gómez), *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

QUINTANO RIPOLLÉS (1977), *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. II, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

RAMOS VÁZQUEZ (2015), «Grooming y sexting: artículo 183 ter CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, pp. 621 ss.

RAMSAY (2012), *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1994), *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1980), «Las fases de ejecución del delito», *Revista Jurídica de Cataluña*, (79-1), pp. 3 ss.

————— (1968), «La punición de los actos preparatorios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (21-2), pp. 277 ss.

ROXIN (2014), *Derecho penal. Parte General*, t. II (*Especiales formas de aparición del delito*), Civitas, Pamplona.

————— (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I (*Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*), 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (1999), *El Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de publicaciones e intercambio científico Universidad de Valladolid, Salamanca.

SÁNCHEZ-OSTIZ/ÍÑIGO CORROZA (2015), *Delictum 2.0*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona.

SCHROEDER (2004), «La posesión como hecho punible» (trad. Polaino-Orts), *Revista de Derecho penal y Criminología*, (14), pp. 155 ss.

SIEBER (2012), «Risk prevention by means of criminal law. On the legitimacy of anticipatory offenses in Germany's recently enacted counter-terrorism law», en GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, pp. 251 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2011), *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Edisofer-B de F, Montevideo/Buenos Aires.

————— (2009), *Tiempos de Derecho penal*, Edisofer/BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

————— (2008), «La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?», en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 87 ss.

————— (1997), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.

SIMESTER/VON HIRSCH (2011), *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford.

SIMESTER *et al.* (2013), *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 5ª ed., Hart Publishing, Oxford/Portland.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2015), «Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 843 ss.

VIVES ANTÓN (1996), «Artículos 17 y 18», en EL MISMO (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 103 ss.

————— (1990), «Delitos contra la propiedad. Robo con fuerza en las cosas. Otras figuras de robo», en EL MISMO (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 847 ss.

WALKER (2011), *Terrorism and the Law*, Oxford University Press, Oxford.

ZEDNER (2014), «Terrorizing Criminal Law», *Criminal Law and Philosophy*, (8), pp. 99 ss.

ZÖLLER (2009), *Terrorismusstrafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg.